

DA NECESSIDADE DE PROPORCIONALIDADE

Rafael Barros Pires

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Integrante do Grupo Transdisciplinar de Estudos Interinstitucionais
em Argumentação e Filosofia do Direito (G-TEIAFIL).
Coordenador-discente do Centro de Estudos em
Direito Constitucional (CEDIC-UFC).
Contato: rafaelbarros@alu.ufc.br.

RESUMO: A colisão de direitos fundamentais encontra no princípio da proporcionalidade o fundamento mais propício a garantir a existência harmônica e coerente entre os mais diversos princípios constitucionais. Entretanto, comumente este princípio é utilizado de forma meramente retórica, o que ocasiona seu esvaziamento de sentido, deixando de ser uma possibilidade de fundamento formal para nossa Constituição. O presente artigo busca evidenciar a necessidade de uma clara fundamentação teórica do princípio da proporcionalidade e a importância que a coerência de seu uso tem na busca por uma prestação jurisdicional mais equânime.

Palavras-Chave: Proporcionalidade. Hermenêutica. Direito Constitucional.

ABSTRACT: The collision of fundamental rights finds in the principle of proportionality a more propitious basis to guarantee the harmonic and coherent existence between the various constitutional principles. However, this principle is commonly used in a purely rhetorical way, which causes the emptying of its meaning, no longer being a possibility of formal fundament for our Constitution. This article seeks to highlight the need for a strong theoretical fundamentation of the principle of proportionality and the importance that the consistency of its use has in the search for a more equitable adjudication.

Keywords: Proportionality. Hermeneutics. Constitutional law.

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo promoveu verdadeira reviravolta no modo de organização e estruturação dos sistemas jurídicos atuais, situando a Constituição no centro do ordenamento jurídico. Com a consolidação dos direitos fundamentais e o aparecimento de normas que não mais se enquadram no formato jurídico

THEMIS

clássico de regras, experimentamos a necessidade de repensar os fundamentos teóricos do Direito, passando a enfrentar problemas de maior complexidade e sutileza na interpretação normativa.

Esse novo paradigma de Direito tem como situação problemática central o choque entre princípios, que necessita de novos modos de raciocínio para ser solucionado, os quais não estão, ainda, consistentemente desenvolvidos, bem como os intérpretes não estão completamente adaptados a essas exigências. Nesse contexto, o uso do princípio da proporcionalidade, objeto deste estudo, para a resolução de tensões e para a harmonização dos princípios consagrados pela ordem constitucional, apresenta-se como alternativa procedimental que tem forte capacidade de concretização dos preceitos de justiça e traz alguns elementos que visam dotar as decisões de maior imparcialidade e possibilidade de verificação, o que daria a elas maior legitimidade. No entanto, apesar de ter tido grande fundamentação na aplicação do Direito Constitucional Alemão, seus desdobramentos encontram-se ainda confusos e imprecisos, principalmente no Brasil.

Dessa forma, para verdadeiramente servir como ferramenta para uma possível solução justa para uma colisão de direitos fundamentais, o uso do princípio da proporcionalidade precisar ser o mais coerente e fundamentado. No entender de Glauco Barreira Magalhães Filho (2004, p. 205), o princípio da proporcionalidade se apresenta como fundamento formal da Constituição. Dentre as implicações do acolhimento da ideia deste princípio como alicerce constitucional está a importância de sua correta utilização, de modo a tornar possível a preservação dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais de forma harmônica e justa. Desde que utilizado de maneira justificada, e não como mera arma retórica, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como critério válido para propiciar uma garantia de segurança jurídica e justiça.

1 ORDEM CONSTITUCIONAL ATUAL

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco do constitucionalismo moderno em nosso país. A partir de então, passamos a viver em uma sociedade regulada por um ordenamento jurídico fundado num sistema aberto de regras e princípios, que elenca diversos direitos fundamentais, muitas vezes aparentemente incompatíveis entre si, mas que precisam coexistir em um mesmo ordenamento de maneira harmônica.

Judicael Sudário de Pinho (2005, p. 23) destaca três feitos que a nova Constituição oportunizou em nossa realidade política: a redemocratização, as garantias constitucionais e o conseqüente alargamento do rol dos direitos individuais e a enunciação dos princípios constitucionais. Dessa maneira, inaugurou-se no ordenamento pátrio um sistema de princípios, que, não obstante seus mais de vinte anos de vigência, ainda encontra dificuldades para operar de maneira a concretizar seus valores.

A transformação da concepção do ordenamento como um sistema de regras, para um sistema que apresenta em seu seio, também, princípios, parece superficial, mas não o é. Essa mudança significou mais do que a substituição de um conjunto de leis, representou também modificações em nossa maneira de pensar e entender o Direito, principalmente com relação ao modo como compreendemos a racionalidade jurídica.

2 UM NOVO PARADIGMA DE SISTEMA JURÍDICO

A ciência jurídica foi amplamente influenciada pela lógica cartesiana e pelo racionalismo, influência notada principalmente pelo legado juspositivista representado pelo pensamento kelseniano. No entanto, o modelo positivista de Direito não encontra mais, nos tempos atuais, recepção clara e evidente. Vivemos, assim, em um tempo denominado apenas de “pós-positivismo”. Nem jusnaturalismo, nem juspositivismo, o que parece restar é um vácuo de paradigma dominante, denotando a necessidade de repensar a racionalidade da decisão judicial, para contemplar a complexidade dos problemas e conflitos que o Direito contemporâneo se propõe a resolver.

Dentre as reflexões que se alinham a esses novos tempos, podemos destacar a de Edgar Morin, que concebe uma reforma do pensamento através da adoção de uma lógica da complexidade:

A reforma necessária do pensamento é aquela que gera um pensamento do contexto e do complexo. O pensamento contextual busca sempre a relação de inseparabilidade e as inter-retroações entre qualquer fenômeno e seu contexto, e deste com o contexto planetário. O complexo requer um pensamento que capte relações, inter-relações, implicações mútuas, fenômenos multidimensionais, realidades que são simultaneamente solidárias e conflitivas (como a própria democracia que é o sistema que se nutre de antagonismos

THEMIS

e que simultaneamente os regula), que respeite a diversidade, ao mesmo tempo que a unidade, um pensamento organizador que conceba a relação recíproca entre todas as partes (MORIN *apud* FERNANDES, 2010).

Notamos nesses novos paradigmas um alinhamento com o pensamento jurídico da atualidade no que diz respeito à Teoria dos Direitos Fundamentais. É essencial, para que seja possível um ordenamento baseado em uma unidade axiológica da Constituição, que os diversos valores consagrados pela sociedade nessa carta política sejam garantidos simultaneamente, coexistindo harmonicamente em um plano abstrato e sendo harmonizados através de uma fundamentação racional no plano concreto. Para isso, não se faz mais suficiente o uso de uma lógica cartesiana, silogística, é preciso cultivar-se um pensamento que leve em conta o contexto e o complexo, como os novos ordenamentos exigem.

Portanto, a evolução do pensamento jurídico no que diz respeito à adoção de um sistema aberto de interpretação das normas jurídicas parece não estar sozinha no contexto global de mudanças tanto nas ciências, na filosofia, na cultura e na sociedade¹. A complexidade das relações no mundo moderno insta a reconsiderações sobre a maneira como pensamos, vivemos e nos enxergamos.

[...] os diversos modelos de racionalidade jurídica, em particular, e de racionalidade prática, em geral, que pretendem ser dotados de um alto grau de objetividade, não passam de ilusões obtidas ao custo de uma excessiva e inaceitável simplificação da complexidade da realidade prática e/ou normativa (GUERRA, 2007, p. 27).

A pretensão da ciência por neutralidade, precisão e exatidão deixa lugar para a aceitação de que sempre haverá uma margem de incerteza. Essa mudança gradativa de pensamento facilita o acolhimento das novas teorias que tentem diminuir essa margem, oferecendo, assim, maneiras mais equânimes de solucionar conflitos entre princípios constitucionais fundamentais. No entanto, as antigas concepções ainda se encontram arraigadas no ideário coletivo, o que cria resistências à adoção desses novos modos de fazer direito.

3 OS PRINCÍPIOS E A SEGURANÇA JURÍDICA

Podemos observar esse fenômeno ao notarmos a difícil mudança do fazer interpretativo de um modelo que girava em torno da subsunção (um sistema

fechado de regras) para um modelo que se desenvolve com base em normas com estrutura de princípios.

Na verdade, a formulação de normas positivas dessa segunda espécie, representa uma tendência expressiva do legislador atual, especialmente o "legislador constituinte", a optar por normas mais flexíveis, que possam "resistir" às mudanças, cada vez mais rápidas, das sociedades contemporâneas. Tal modelo é, portanto, significativamente adequado à interpretação constitucional, o que torna bastante oportuna a sua adoção pela ciência jurídica brasileira, especialmente em face da Constituição atual conter um sem-número de normas com estrutura de princípios (GUERRA, 1996, p. 95).

A resistência a um sistema jurídico que contenha, além de regras, normas com estrutura de princípios dá-se em razão da concepção errônea de que a adoção desse novo modelo gerará insegurança jurídica, pois os juízes, intérpretes do Direito, avocariam um maior poder discricionário, tendo maior possibilidade de submeter as decisões judiciais ao seu arbítrio.

À época em que prevalecia o modelo subsuntivo de interpretação, tinha-se a ilusão de que a ciência jurídica poderia ser exata, mecânica e automática, sem influência do arbítrio de seus intérpretes. Dessa forma, imaginavam-se os ordenamentos jurídicos como capazes de conter todas as respostas para os fatos sociais, e, assim, tentava-se fazê-los os mais extensos e detalhados possíveis, para que bastasse ao juiz identificar a norma que contemplava aquela situação fática e aplicar seus mandamentos. Quanto às lacunas, o próprio ordenamento previa as maneiras de serem solucionadas, e às antinomias, aplicavam-se os critérios e metacritérios de resolução (hierarquia, cronologia e especialidade), garantindo-se, assim, a completude do ordenamento.

O Velho Estado de Direito ou Estado Legalista foi caracterizado pelo culto à lei, dando origem ao princípio da legalidade, assentado numa ideologia segundo a qual os preceitos legais sempre protegeriam as liberdades e os direitos fundamentais da pessoa humana (*fetichismo legal*). Dessa forma, a existência da lei confundia-se com a proteção ao Direito (MAGALHÃES FILHO, p. 58).

Criava-se, então, a impressão errônea de que tal modelo traria como consequência segurança e precisão jurídica. Existia "a concepção de que os juízes não 'criam' direito, mas apenas 'declaram-no', pois as suas decisões, conteúdo

THEMIS

(ou resultado) da aplicação da lei, apenas ‘explicitam’ o que está ‘latente’ no ordenamento jurídico” (GUERRA, ob. cit., p. 87). Os pensadores de então asseveravam que “o Direito Positivo [era] a vontade do Estado, e não [havia] fonte mais genuína do Direito do que a lei” (DMITRUK, 2004, p. 73). Dessa maneira, os juízes não possuíam “outra função além de deduzir, a partir de regras de Direito Positivo, a solução dos casos concretos” (*idem, ibidem, loc. cit.*).

No entanto, o desenvolvimento dos estudos na filosofia, na hermenêutica, e, principalmente, a reviravolta pragmático-linguística, nos deram condições de concluir que, dentro deste modelo, a subjetividade estava presente, não se podendo garantir que as decisões judiciais correspondam exatamente à previsão do ordenamento, pois até essa é dificilmente identificada. E mais, perseguindo-se o aperfeiçoamento cego desse modelo, além de não se conseguir maior exatidão, expurga-se do Direito a busca por um ideal de justiça, já que se tiram de pauta as valorações realizadas pelos juízes.

Os juízes *sempre criaram as regras*, nos casos de ambigüidade, vagueza, lacuna e antinomia. [...] com essa criatividade, justa ou injusta, a promessa de segurança jurídica simplesmente foi descumprida. Nunca houve, portanto, a previsibilidade do sistema de regras, pois isso exigiria que a linguagem humana fosse diferente do que ela, inevitavelmente, é.² (não publicado).

Dentre os principais defeitos do modelo subsuntivo encontramos: a impossibilidade, em um sistema fechado, de se regular todos os fatos da vida social, e mais, de se acompanhar as mudanças da dinâmica social; a presença de conceitos vagos e ambíguos, resultado de uma constatação de que a significação, que o signo linguístico recebe, depende do intérprete; o uso de critérios de interpretação aberta para a colmatação de lacunas, como a analogia e a equidade; a insuficiência dos critérios e metacritérios para a solução de conflitos entre normas; e a impossibilidade de neutralidade deles.

Ao admitirmos esses defeitos, podemos buscar critérios válidos para tentar minimizá-los. No entanto, persistindo nessa busca de completude, previsibilidade e rigidez do sistema de regras, estaríamos encobrendo suas imperfeições e alargando as probabilidades de causar injustiças.

O modelo de normas abertas, que positivem valores, aparece como resposta aos anseios de uma justiça equânime que guie o Direito. No entanto, a sedimentação da concepção de que o direito deve se desenvolver similarmente

às ciências naturais, com objetividade e neutralidade, gera um preconceito e resistência a essa maneira de pensar o Direito, que, apesar de aparentar dar maior liberdade a seus intérpretes, busca de uma maneira mais clara e concreta evitar a arbitrariedade e o abuso de poder, sem, contanto, afastar-se da busca pelo justo.

Neste sentido, Marcelo Lima Guerra afirma que “um sistema de princípios pode trazer uma sutil diferença e uma esperança real de existir alguma segurança jurídica, não, obviamente, no limitado sentido de previsibilidade total, mas no sentido de garantia de justiça”.³ (não publicado).

Assim, observa-se nos sistemas jurídicos contemporâneos um recurso maciço às normas com estrutura de princípio, para dar maior dinamicidade aos ordenamentos, possibilitar respostas mais justas, garantindo os direitos fundamentais da pessoa humana, não por sua completude imediata, mas pelo seu uso concreto, que exige, assim, uma “nova metodologia jurídica, voltada para valores” (MAGALHÃES FILHO, p. 59).

4 SOLUCIONANDO COLISÕES DE PRINCÍPIOS

As normas enunciadoras de direitos fundamentais apresentam uma estrutura de normas-princípios, fato que as coloca, em um plano abstrato, como tendo validade absoluta. Diferentemente das normas com estrutura de regras, suas aparentes contradições não ensejam o afastamento de uma delas do ordenamento jurídico, posto que são conflitantes apenas no plano concreto, momento que necessitam da intervenção do intérprete para valorar suas incidências. Prevaler um princípio em um caso concreto, não implica em sua exclusão do ordenamento, pois, no plano abstrato, eles seguem em harmonia.

O modelo interpretativo logicamente fechado tornaria, desde logo, um ordenamento jurídico que elenca princípios impraticável, pois, em qualquer ordenamento deste tipo, encontram-se normas (aparentemente) contraditórias, que enunciam pretensões incompatíveis à primeira vista. Entretanto, essa contradição é apenas aparente, pois os princípios, se entendidos como “*mandamentos de otimização*”⁴, não são normas que devem ser eficazes em sua totalidade, mas na maior medida possível. Dessa forma, a aplicabilidade das normas dependerá sempre das condições fáticas de cada caso concreto.

Para tanto, as colisões entre princípios ensejam a utilização de um critério válido para solucioná-las, pois, sem este critério, ocorre exatamente o que receiam os mais conservadores, a submissão da decisão judicial ao arbítrio do juiz.

THEMIS

Acima de tudo, todas as decisões devem ser motivadas, sendo esta uma exigência de qualquer Estado que se determine democrático e de Direito. Daí porque não ser aconselhável criarem-se regras a partir da aplicação de princípios em determinado caso concreto, pois é necessário que o juiz, ao se deparar com um novo caso, opere novo exercício de reflexão e busca de fundamentos: analisando minuciosamente o suporte fático do caso, sopesando os princípios imediatamente envolvidos e, ainda, todo o conteúdo valorativo da Constituição. A formulação de regras derivadas de colisões de princípios, como que precedentes fossem, obstaria o exercício mental de valoração específica de cada caso, de maneira a favorecer a aplicação errônea de soluções idênticas para casos, ainda que sutilmente, diferentes⁵.

A colisão entre princípios não deve gerar regras, e só devem se repetir soluções se restar demonstrada, pelas vias exigidas, a igualdade de suporte fático e axiológico de ambos os casos através de uma justificação racional. Assim, garantir-se-ia a isonomia no processo judicial, posto que cada caso deveria ter uma decisão que se aplicasse unicamente a ele, levando em conta todas suas peculiaridades.

Entretanto, para garantir que o sopesamento de princípios se efetuará de maneira coerente pelos diversos intérpretes, nas mais diversas situações fáticas e nas mais complexas colisões, é necessário que se elenque um critério de coesivo, que se recorra ao chamado “princípio dos princípios”: o princípio da proporcionalidade⁶.

5 A IDEIA DE PROPORCIONALIDADE

O vocábulo “proporção” em seu uso comum, além de significar a relação das partes de um todo entre si ou entre cada uma delas e o todo, suscita a ideia de correta proporção ou de proporção que provoque um sentimento de harmonia. Em sua própria definição, proporção é a justa relação entre coisas (HOUAISS *et al*, 2009).

Se refletirmos sobre algumas concepções que historicamente a ideia de justiça recebeu, podemos perceber que se encontra intrínseca a elas (e pressuposta) a ideia de proporcionalidade na medida em que se delimita como justo a atribuição de um valor a uma relação entre coisas.

A definição adotada no Direito Romano, atribuída a Ulpiano, por exemplo, traz a formulação de “dar a cada um o que é seu”⁷. Na Grécia Antiga,

fazia-se presente “as noções de *métron*, o padrão do justo, belo e bom, e de *hybris*, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento” (GUERRA FILHO, 2002, p. 83). Aristóteles, por sua vez, condensa essas noções em sua concepção de justiça como uma proporção tanto de distribuição (quando considera que encargos e recompensas são devidos, *e.g.*, de maneira proporcional à classe social ocupada), quanto de retribuição (quando entende que uma recompensa, *e.g.*, seria proporcional ao serviço prestado) (*idem, ibidem*). Esse segundo aspecto em muito se assemelha à chamada Lei de Talião, que pode ser simbolizada pela máxima “olho por olho, dente por dente”, mas que, mesmo na época em que era aplicada, dado a comum incompatibilidade entre o crime cometido e uma possível reparação idêntica, pode ser entendida como a exigência de uma punição proporcional ao dano. Essa proporcionalidade entre crime e pena, encontra-se, ainda, melhor fundamentada e humanizada na obra de Cesare Beccaria, que marca o início do direito penal moderno.

Portanto, encontraremos, frequentemente, inerente à ideia de justiça, a noção de proporção entre quais direitos são devidos ao indivíduo e o universo de direitos, ou entre quais direitos são devidos a um indivíduo e quais são devidos a outro, de acordo com algum critério que valora seus traços particulares. Mesmo quando Kant enuncia o Direito como sendo o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral de liberdade, entende-se pressuposto que tal lei geral de liberdade, para compatibilizar as esferas de liberdade de cada indivíduo com as dos demais, estabeleça a relação justa entre suas extensões. Mais explicitamente observamos a proporcionalidade quando Dante Alighieri diz que direito “é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve a sociedade, e, corrompida, a corrompe” (ALIGHIERI *apud* MATOS, 2010, *on line*).

A conclusão a que se chega nessa [...] tentativa de focalizar a ideia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa praticamente se confunde com a própria ideia do ‘direito’, [...] materializada simbolicamente no *equilibrium* da balança que porta Thémis (GUERRA FILHO, p. 84).

Quando examinamos o uso de uma balança, notamos que sua função é comparar massas entre dois corpos, ou seja, dessa maneira, ela estabelece um critério válido e preciso para comparar dois objetos diferentes. Assim, ao colocarmos em um prato um corpo estranho, e em outro, corpos conhecidos,

THEMIS

podemos precisar sua massa e compará-la a de outro. Pode-se, assim, entre dois corpos que aparentam ser completamente diferentes, demonstrar a igualdade de um de seus atributos, no caso, a massa.

Figurativamente, seria isso o que ocorreria com os princípios na medida em que, por meio do sopesamento, define-se o quanto a realização de um princípio equivaleria, proporcionalmente, à realização de outro com o qual ele está em conflito. A balança se torna, portanto, um critério, um meio de avaliação, relação ou comparação, que simboliza o equilíbrio, a imparcialidade e a ponderação nos julgamentos⁸, exatamente o que se espera do princípio da proporcionalidade.

Indo além, convém lembrar a “sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (lat. *ratio*) e ‘proporção’ (lat. *proportio*)” (GUERRA FILHO, p. 177-178) o que nos faz entrever a importância que o princípio em estudo recebe para tornar possível uma racionalidade nas decisões judiciais, e na aplicação e construção do Direito como um todo.

Na matemática, ainda, define-se uma proporção ou razão áurea, também conhecida como divina proporção, que está presente na natureza, no crescimento biológico de animais e vegetais, e é utilizada na arte, na arquitetura, no *design* e na música como uma representação do naturalmente belo e harmônico. Nesse sentido, podemos imaginar ser a proporcionalidade a razão áurea que se deve buscar para uma justa decisão judicial.

Se aprofundarmos a abstração e pensarmos na proporcionalidade como um dos fatores necessários para uma real unidade axiológica do ordenamento jurídico, podemos compará-lo a um holograma, em que o menor ponto da imagem contém a quase totalidade da informação do objeto representado.

Não apenas a parte está no todo, mas o todo está na parte. O princípio hologramático está presente no mundo biológico e no mundo sociológico. No mundo biológico, cada célula de nosso organismo contém a totalidade da informação genética deste organismo. A ideia pois do holograma vai além do reducionismo que só vê as partes e do holismo que só vê o todo. É um pouco a ideia formulada por Pascal: 'Não posso conceber o todo sem as partes e não posso conceber as partes sem o todo'. Esta ideia aparentemente paradoxal imobiliza o espírito linear. Mas, na lógica recursiva, sabe-se muito bem que o adquirido no conhecimento das partes volta-se sobre o todo. O que se aprende sobre as qualidades emergentes do todo, tudo que não existe sem organização, volta-se sobre as partes. Então pode-se enriquecer o conhecimento das partes pelo todo e do todo

pelas partes, num mesmo movimento produtor de conhecimentos (MORIN, 20007, p. 74-75).

Com base nesse ideário, para podermos obter decisões judiciais que sejam reflexo do conjunto de valores encerrados na ordem jurídica constitucional, devemos ter uma constante que atravesse todo o ordenamento (âmbito abstrato) e todos os pontos da realidade em que ele incide (âmbito concreto), de modo que sejamos capazes de vislumbrar, tanto no plano teórico como no prático, características comuns que permeiem suas manifestações e juntas formem aquilo que podemos chamar de “princípio da proporcionalidade”. Somente por ele, teremos sucesso em reconstruir a racionalidade jurídica de forma a contemplar a complexidade suscitada por um sistema de princípios paradoxalmente conflitantes, mas harmônicos, pois que, equilibrados por esse verdadeiro “metaprincípio” que é a proporcionalidade.

6 PROPORCIONALIDADE: PRINCÍPIO OU REGRA?

Seria, de fato, impensável uma solução para um conflito entre direitos fundamentais, devido à sua estrutura de normas-princípio, sem o estabelecimento de uma proporção de incidência entre eles, no entanto, essa definição da proporção em cada caso concreto deve responder a critérios claros e ser justificada, sob pena de ferir a própria concepção de Estado de Direito. Por essa razão, o princípio da proporcionalidade é enunciado por muitos não como princípio, mas como regra da proporcionalidade, pois se apresenta na forma de um processo a ser adotado na proferição de uma sentença.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 25) argumenta que o princípio da proporcionalidade não pode ser enquadrado como princípio, pois não entra em conflito com outros princípios e não produz efeitos em várias medidas (não pode ser ponderado). Indo além, sustenta que ele deve ser enquadrado como regra, pois a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção.

Glauco Barreira Magalhães Filho (*op. cit.*, p. 208) vai além, já que em seu entendimento o princípio da proporcionalidade tem uma natureza híbrida entre princípio e regra, pois que, apesar de ter estrutura de regra, com hipótese e consequência, não diz respeito a fatos, mas sim a uma colisão de valores.

THEMIS

Além disso, parece-nos sensato o uso da expressão “princípio da proporcionalidade”, principalmente, se não tomarmos aqui a expressão “princípio” como em contraste à expressão “regra”, e sim em sua acepção comum, denotando, assim, seu aspecto fundamental, enquanto proposição elementar sobre a qual se apoiam os raciocínios efetivados para o sopesamento de normas jusfundamentais⁹.

Para nós, acertada é a distinção operada por Willis Santiago Guerra Filho (*passim*), que se propôs a fundar uma Filosofia Processual do Direito, entendendo, assim, os ordenamentos modernos como compostos por princípios, regras e procedimentos. Dessa forma, o autor não enquadra o princípio da proporcionalidade como princípio, nem como regra, mas como procedimento¹⁰.

7 DANECESIDADEDEPROCEDIMENTALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Willis Santiago Guerra Filho (*op. cit.*, p. 75) define procedimentos como “séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis”.

De maneira análoga ao que acontece com as regras, que necessitam de procedimentos (processos) especiais para sua aplicação, principalmente no que concerne à verificação da ocorrência de seu suporte fático, Willis Santiago Guerra Filho (*idem, ibidem, loc. cit.*) afirma categoricamente a necessidade do estabelecimento de um procedimento para a aplicação de princípios, “pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente”.

Glauco Barreira Magalhães Filho (*op. cit.*, p. 208) ressalta que para concretizar a unidade axiológica da Constituição “é necessária sua procedimentalização”. Conclui, então, “que o princípio da proporcionalidade, que é a norma regulamentadora da realização prática e unitária da Constituição, é o seu fundamento”.

No esteio desses autores, entendemos ser essencial o estabelecimento de procedimentos válidos e que busquem certa medida de objetividade para criar condições de manutenção dos sistemas jurídicos atuais. Sem normas que se ocupem diretamente com a realização dos direitos materiais, determinando condições para que venham a ser aplicados concretamente (GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 78), a força normativa dos direitos fundamentais acolhidos pelas Constituições torna-se inepta e, portanto, vazia de sentido.

Com procedimentalização, entretanto, não queremos trazer a lume um sistema fechado, mecânico e automatizador. Pelo contrário, buscamos demonstrar a necessidade de conciliar o formal com o material de modo a permitir uma interpretação aberta, mas dentro de padrões objetivos e claros, que facilite a compreensão, comparação e análise das decisões judiciais. A objetividade que se fala aqui, porém, não é a imparcialidade, mas o autoconhecimento e a autocrítica¹¹ que permita tomar consciência da subjetividade e da ideologia a que o intérprete se submete. Pois, atualmente, apesar de muitas vezes se recorrer ao “princípio da proporcionalidade” na fundamentação das decisões, este “princípio” termina por ser apenas uma alusão a uma noção subjetiva qualquer, de conteúdo variável, indeterminado e obscuro. O princípio da proporcionalidade, enquanto fundamento formal da Constituição, necessita de força normativa. Para isso, precisa aliar uma carga semântica clara a uma significação precisa, dentro de um modelo comum a que todos se submetam, constituindo-se, assim, método valorativo e princípio harmonizador para a ponderação de direitos fundamentais colidentes.

8 OS VÁRIOS “PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE”

A grande dificuldade em se ter o princípio da proporcionalidade como fundamento prático na aplicação dos princípios constitucionais reside no seu pouco desenvolvimento e sedimentação no imaginário de nossos intérpretes e juristas. Apesar de ser densamente fundamentado, por exemplo, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, na doutrina de Robert Alexy, que já havia apontado a necessidade de uma teoria geral que evitasse que a ciência dos direitos fundamentais se tornasse uma ciência de jurisprudência constitucional (ALEXY *apud* PEREIRA, 2006) seu uso, pelo menos no Brasil, continua refém das concepções particulares dos órgãos jurisdicionais. Assim, comumente vemos ambiguidade e incoerência no uso desse princípio nas motivações das decisões judiciais. Pior ainda, observamos normalmente uma mera citação, como se a carga semântica que ele invocasse estivesse, de fato, consolidada no ideário coletivo.

As decisões pátrias, por exemplo, citam recorrentemente o princípio da proporcionalidade, mas muitas vezes o confundem com o princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso¹², os quais não são sinônimos. Em

THEMIS

algumas ementas, o STF fundamenta sua decisão identificando o princípio da proporcionalidade com o da proibição de excesso, no entanto, este último se apresenta apenas como um impedimento ao cometimento de absurdos pelo Estado, diferindo do princípio da proporcionalidade, que implica em outros desdobramentos teóricos. Além disso, se o princípio da proporcionalidade já foi identificado com a proibição de excesso, já o excedeu em muito quando preconiza, também, a proibição de insuficiência, ou seja, implica na não omissão do Estado.

Em outras, ainda, simplesmente deixa-se implícita a ideia de proporcionalidade, sendo poucas as que se utilizam dele seguindo os preceitos teorizados pela doutrina. Dessa forma, as fundamentações, em vez de claras, tornam-se ambíguas, sendo o problema mais comum a confusão de proporcionalidade com razoabilidade¹³, o que reduz sua complexidade e significado, prejudicando, assim, a própria fundamentação racional da sentença judicial¹⁴. Razoabilidade não corresponde à proporcionalidade, mas aproxima-se mais da proibição de excesso quando, na verdade, é um princípio que afasta a irrazoabilidade¹⁵, ou seja, que veda a adoção de medidas extremas. Mesmo no âmbito doutrinário, o igualamento entre proporcionalidade e razoabilidade gera repercussões negativas e obsta sua estabilização teórica¹⁶.

A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. [...] Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes – análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade (SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.*, p. 29-30).

A razoabilidade tem sua importância no contexto aqui abordado, entretanto, não é suficiente para estabelecer um critério válido para legitimar as decisões judiciais, pois tem, ainda, uma esfera de influência muito reduzida para ser considerada fundamento formal da Constituição. Nesse sentido, a contribuição de Alexy para a fundamentação do princípio da proporcionalidade a engloba e absorve, vindo a casar com essa busca por um modelo que garanta critérios racionais dentro da prestação jurisdicional.

9 A CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA ALEMÃ

O mérito que deve ser concedido à teoria de Alexy consiste em sua tentativa de dar maior racionalidade à atividade jurisdicional. Com relação ao princípio da proporcionalidade, Alexy, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, vai além da análise de sua aplicação corrente e cria uma ciência normativa no que diz respeito aos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade em Alexy divide-se, então, em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Existe uma configuração para cada um e uma ordem pré-definida, de modo a que funcionem como sucessivos filtros subsidiários, do mais amplo ao mais específico, tornando os processos mentais de percepção, conhecimento, juízo e raciocínio do intérprete e juiz mais organizados e concentrados.

A análise da adequação, o primeiro filtro, corresponde ao exame da compatibilidade entre meios e fins, razão porque se assemelha ao princípio da razoabilidade (SILVA, 2002, p. 33). Aqui, analisa-se a medida em separado relacionando-a com seus objetivos, não levando em conta, ainda, os direitos fundamentais que ela possa vir a restringir. Nessa etapa de raciocínio, busca-se avaliar se a medida a ser tomada colabora com a realização de um objetivo a ser alcançado, só sendo a medida afastada no caso de não contribuir em nada para a realização de determinado objetivo (*ibidem*, p. 37). Caso contrário, a medida é adequada, mesmo que não seja a mais adequada, e, portanto, passa-se ao exame de sua necessidade.

Nessa segunda etapa, dá-se uma análise comparativa para determinar se não existiria outro caminho, dentro do faticamente possível (GUERRA, 2003, p. 92), para a realização do objetivo visado com a mesma intensidade, mas que limitasse em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, *op. cit.*, p. 38). Dessa forma, torna-se imprescindível um esforço para analisar as diversas possibilidades alternativas de resolução da colisão e qual delas representaria menor restrição a direitos fundamentais.

Na última etapa, só utilizada se a medida for considerada adequada e necessária, opera-se o verdadeiro exame de proporcionalidade com vistas a definir em que medida um princípio deve prevalecer no caso concreto. No caso, teremos “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (*idem, ibidem*, p. 39).

THEMIS

O que ocorre então é uma ponderação racional acerca da importância dos princípios colidentes e se o direito fundamental em que a medida restritiva de direitos se baseia é suficientemente importante para justificá-la. Assim, essa terceira etapa consiste na aplicação da Lei de Sopesamento de Alexy, por meio da Fórmula do Peso, em que se atribui pesos abstratos a cada um dos princípios conflitantes a partir de um raciocínio argumentativo. Além disso, a fórmula considera também em seu “cálculo” a interferência que a realização e a não realização de um princípio causa no outro e as evidências empíricas disponíveis para fundamentar essas considerações¹⁷.

Com efeito, a elaboração da já famosa *Fórmula do Peso* permite enxergar, claramente, a possibilidade de se formular decisões racionais sobre o conflito entre princípios ou valores constitucionais, mesmo que se trate de uma *racionalidade possível*, não inteiramente idêntica à racionalidade própria das ciências descritivas (GUERRA, *op. cit.*, p. 26-27).

A referida Fórmula do Peso consiste em uma metáfora matemática desenvolvida por Alexy para evidenciar de forma objetiva os principais pontos controversos em um raciocínio argumentativo para sopesar princípios. Não demonstraremos essa fórmula aqui porque ela foge aos objetivos do presente trabalho, contudo, devemos atentar para as consequências que tal fórmula traz para criar possibilidades de uma discussão racional sobre colisões entre princípios¹⁸.

CONCLUSÃO

O novo paradigma de direito inaugurado com o constitucionalismo moderno, que rendeu frutos na nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Brasileira de 1988, preconiza uma ordem jurídica baseada em princípios, o que acolhe novamente no campo da ciência jurídica a busca de valores como a justiça e a equidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que explicita a exigência de fundamentação da decisão judicial para sua validade, procura garantir sentenças justas e equânimes, dado que resultantes de um raciocínio motivado pelos preceitos do pensamento jurídico moderno, mormente a ideia de proporcionalidade, o que supostamente propiciaria uma maior segurança jurídica em um sistema de normas de “textura aberta” (princípios).

No entanto, percebe-se que, pelo fato de nossos tribunais ainda não terem internalizado e consolidado um padrão de aplicação do princípio da proporcionalidade, na realidade, seu uso transforma-se apenas em mero recurso retórico, uma verdadeira arma argumentativa a serviço de interesses específicos, de concepções particulares de direito ou de agendas de efetivação de direitos que nem sempre respeitam a ordem vigente ou são legitimados por ela.

Tal utilização infundada do princípio da proporcionalidade, em vez de fornecer maior credibilidade às fundamentações das decisões judiciais, abre espaço para arbitrariedades e subjetivismo, visto que possibilita aos juristas aplicá-lo de acordo com a oportunidade. O citado princípio é utilizado, então, para justificar uma decisão já elaborada pelo subjetivismo do juiz, e não para, partindo da análise do caso concreto, elaborar uma fundamentação que culmine em uma solução do conflito pautada em um processo racional e coerente, atinente a uma unidade axiológica do ordenamento constitucional.

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (SARMENTO, 2006, p. 200).

Assim, relaciona-se também essa discussão com o ativismo judicial tão polemizado atualmente. Não se pode dar poder aos órgãos judiciários de fiscalizar a esfera legislativa e executiva, se sua análise não se dará mediante critérios pré-estabelecidos e uniformes. Da mesma forma, pode-se questionar a revisão das decisões judiciais se não há um padrão claro a ser utilizado para criticar sentenças. O controle das atividades estatais para conformá-las aos princípios que compõem nosso ordenamento jurídico é essencial, porém perde sua legitimidade quando é instrumentalizado para atingir fins diversos aos que apregoa nossa Constituição.

Portanto, sem obedecer a um procedimento objetivo, o órgão de interpretação constitucional padece também de legitimidade. Especialmente

THEMIS

no Brasil, onde não há uma preponderância dos preceitos democráticos na composição dos órgãos jurisdicionais, deve haver uma preocupação em dar legitimidade às suas decisões, e uma maneira de se fazer isso é respeitando todos os valores que a Constituição democraticamente promulgada encerra, garantindo sua unidade axiológica e sua realização prática, por meio da fundamentação coerente de seus julgados.

Dessa forma, não há possibilidade de se garantir verdadeiramente os direitos fundamentais consagrados pela Constituição sem o estabelecimento de um procedimento válido para tornar coerentes as decisões judiciais em matéria constitucional. Sem essa procedimentalização e a instituição de um fundamento formal para a Constituição, que dê condições de realização ao direito material que ela contém, estaremos diante de um ordenamento constitucional desprovido de eficácia e força normativa.

A proposta de Alexy representa um avanço na regulação da atividade judicial, pois abre um caminho de busca de maior racionalidade nas decisões judiciais. Seguindo o modelo que ele propõe para o princípio da proporcionalidade, opera-se verdadeiro refino dos argumentos jurídicos.

O princípio da proporcionalidade, então, tornar-se-ia um filtro pelo qual as colisões entre princípios deveriam passar. Assim, facilitar-se-ia a identificação dos pontos controversos a serem analisados para determinar o princípio preponderante. Ao chegar-se ao último filtro (proporcionalidade em sentido estrito), teríamos, ainda, um esboço teórico representado pela lei de sopesamento de Alexy, que oferece a possibilidade de se delinear a argumentação jurídica e sistematizá-la, propiciando um controle direto e enfocado da atividade jurisdicional.

No entanto, o aspecto “matematizador” que a teoria de Alexy pode apresentar é mesmo apenas aparente. O valor de sua teoria e, principalmente, de sua lei de sopesamento, é o de fornecer um caminho claro a ser seguido, permeado por etapas racionais, cujos passos, entretanto, são dotados de espaços abertos e amplos destinados à preponderância da fundamentação argumentativa.

A adoção por ele de uma forma de expressão matemática (“Fórmula” constituída de variáveis), inclusive com a atribuição de valores numéricos, quando de sua aplicação a um caso concreto, às variáveis que a integram é, simplesmente, metafórica, servindo como estratégia para tornar o mais clara e objetiva possível a referida discussão, evidenciando-lhes os tópicos que devem ser levados em consideração (GUERRA, 2007, p. 28).

As etapas propostas por Alexy, se respeitadas, têm incríveis possibilidades de produzir sentenças mais justas, e outras considerações podem acrescentar valor à aplicação da proporcionalidade, como, por exemplo, a exigência de “legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir”, (SILVA, 2002, p. 36) advinda do direito comunitário europeu, que é utilizada como uma etapa preliminar às de Alexy.

No entanto, a discussão não se esgota, visto que resta, ainda, apurar o âmbito argumentativo, trabalhar a lógica que permeia o discurso jurídico para adequá-la às necessidades que se avolumam na atualidade. Diversos caminhos se apresentam e todos podem agregar conhecimento à atividade argumentativa. Alguns que aparentam somar grandes possibilidades de reformas positivas do pensamento jurídico são os relacionados à teoria da complexidade, pois muitos dos problemas enfrentados hoje na seara do direito se comunicam ou com a impossibilidade de pura objetividade e neutralidade e a insistência no reducionismo, ou com a descrença na verdade e no direito e aceitação das inconsistências das ações humanas.

Se nos propomos a trabalhar com um ordenamento jurídico uno e coeso, mas repleto de tensões internas (portanto, complexo), temos que trabalhar com uma racionalidade que considere o todo e as partes conjuntamente e mutuamente, em função de sua complexidade e inter-fluência. Indo além, com uma racionalidade que tenha consciência e leve em conta que o ordenamento jurídico é também uma parte, na totalidade extremamente complexa das relações e valores humanos. Além disso, os intérpretes do direito devem se situar, enquanto sujeitos, como suscetíveis de influência de ideologia e emoções, não renegando sua subjetividade e individualidade e sim procurando conhecê-las e analisá-las, de maneira a minorar sua presença na composição das sentenças.

Nesse sentido, não podemos mais nos contentar com teorizações que visam reduzir e simplificar a aplicação do direito, distanciando-o ainda mais da complexidade inerente às relações humanas, nem com o pragmatismo e o relativismo que procuram esvaziar o sentido de todas as discussões que buscam um “dever-ser”.

Um mundo complexo necessita de soluções complexas. Os novos ordenamentos refletem esse desejo de se aproximar a esfera jurídica das vicissitudes da vida, buscando contemplar sua dinamicidade na infusão de equidade e justiça. Necessitam, entretanto, ainda de maior aperfeiçoamento para

THEMIS

que possam ser acolhidos no imaginário coletivo, pois esbarram nos próprios limites que a racionalidade e o pensamento humanos encontram hoje.

O princípio da proporcionalidade, no estágio em que se encontra sua fundamentação, ainda não é terreno firme para a concretização de uma equidade mínima no direito. Principalmente no constitucionalismo pátrio, a fundamentação e aplicação do princípio da proporcionalidade, que poderia ser um critério que garantisse justiça e legitimidade às sentenças judiciais, ainda apresentam-se pouco consolidadas.

É preciso superar as tensões e superficialidades que permeiam a teoria constitucional brasileira, com sua mera importação de doutrina estrangeira e seu sincretismo metodológico falho. Não basta a adoção da teoria de Alexy, ou do uso do princípio da razoabilidade *lato sensu*, mais importante é a adoção de critérios claros e comuns, válidos para todo o ambiente constitucional pátrio, com vistas a obter segurança jurídica e, pelo menos, atenuar o uso das concepções doutrinárias como armas argumentativas.

Apontamos a teoria de Alexy como propícia a trazer efeitos engrandecedores e enriquecedores ao fazer jurídico nacional, assim como as ideias de Morin. Porém, o que se evidencia como sendo o mais importante é que haja clareza e transparência nos posicionamentos adotados, ou que, no mínimo, comece-se a enxergar uma verdadeira busca pela uniformidade de paradigma, incessante e dialética, autoaperfeiçoadora. Sem isso, continuaremos diante de um cenário de insegurança jurídica (ainda que velado) e de um ambiente de afastamento da justiça, mesmo que os discursos indiquem o contrário.

Entendemos que a ideia de proporcionalidade coaduna-se, especialmente, com o espírito de nossa Constituição e, assim, surge como um pressuposto para que ele se torne concreto, tornando-se a efetivação do princípio da proporcionalidade o norte que devemos seguir se almejamos, com efeito, criar uma sociedade onde se garantam direitos fundamentais de forma justa e equânime.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DMITRUK, Erika Juliana. O que é Direito?: Uma análise a partir de Hart e Dworkin. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, n. 1, p.71-89, 2004.

FERNANDES, Marcel Sena. **Do Direito Linear ao Direito Complexo: Contribuições da epistemologia da complexidade para a crítica ao positivismo jurídico nos manuais de ensino do Direito**. 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: Significância e Algumas Implicações. **Revista da Procuradoria Geral do Estado/PGE-RS**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 25-42, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Princípios Constitucionais e Segurança Jurídica**. 2011. Artigo utilizado na disciplina Teoria do Direito no período de 2011.2, não publicado.

_____. Sobre critérios de racionalidade das valorações judiciais. **Nomos: Revista da Pós Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 11/12, p. 81-113, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Rcs, 2007.

_____. Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade. **Revista Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, n. 148, p.170-189, jul./ago. 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello; INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA E BANCO DE DADOS DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva: Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, 2009.

THEMIS

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 15 nov. 2011.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Dante alighieri e o direito**: Estudo dos fundamentos de "de monarchia". In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01/10/2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8441>. Acesso em: 9 abr. 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.

NOTAS DE FIM

1 Para Willis Santiago Guerra, deve-se “adequar o tradicional entendimento mecanicista, ‘newtoniano’, ainda predominante em Direito, à nova imagem do mundo surgida com a física relativista e quântica, no século XX” (GUERRA

FILHO, Willis Santiago. **Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade**. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, n. 148, jul./ago. 2009, p. 174).

2 GUERRA, Marcelo Lima. **Princípios Constitucionais e Segurança Jurídica**. 2011. Artigo utilizado na disciplina Teoria do Direito da graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará no período de 2011.2, não publicado, p. 3.

3 GUERRA, Marcelo Lima. op. cit., p. 4.

4 Ideia desenvolvida por Robert Alexy (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1, 2003, p. 610).

5 Conforme, nesse sentido, palestra realizada na VI Semana do Direito da Universidade Federal do Ceará, proferida pelo Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva, em 20.05.11.

6 Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**, p. 208. Cf. também GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Rcs, 2007, p. 79.

7 “Suum cuique tribúere” (D., 1, 1, 10, 1).

8 Conforme acepções definidas em HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello; INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA E BANCO DE DADOS DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**.

9 Nesse sentido: “o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade” (SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 26).

THEMIS

10 O autor afirma que essa tripartição baseia-se na doutrina de Robert Alexy – Regel/Prinzipien/Prozedur Modell. (Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito**, p. 81), já Virgílio Afonso da Silva, sustenta que divisão de Alexy não abrange a última categoria: “Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios” (SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**, p. 25). Não nos interessa aqui a real distinção proposta por Alexy, mas parece-nos arrazoada a concepção enunciada por Willis Santiago Guerra Filho.

11 “O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcisística de seus desejos ocultos, complexos e culpas”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

12 Por exemplo, na jurisprudência do STF: “[...] O significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da ‘proibição do excesso’ [...]” (HC 106442 MC / MS - MATO GROSSO DO SUL, em 30/11/2010).

13 Como bem evidencia Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**, p. 27 et seq.).

14 Por exemplo, na jurisprudência do STF: “[...] hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade [...]” (HC 76060 / SC - SANTA CATARINA, em 31/03/1998 – grifo nosso).

15 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago apud SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 29.

16 Como aponta Virgílio Afonso da Silva em relação a Luís Roberto Barroso e Suzana Toledo de Barros (SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 28).

17 Para um olhar aprofundado e objetivo da Lei de Sopesamento de Alexy: GUERRA, Marcelo Lima. **A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: Significância e Algumas Implicações**, p. 29-30. Conferir também a ressalva feita ao uso da expressão “cálculo” pelo autor neste mesmo artigo.

18 “[...] com a “Fórmula do Peso” de Alexy tornam-se visíveis, por assim dizer, algumas implicações de sua teoria dos direitos fundamentais da máxima relevância para a prática jurídica, sobretudo no que diz com o controle de constitucionalidade e o limitado papel tanto do Legislador, como do próprio Supremo Tribunal Federal, em engendrar “soluções abstratas” e válidas em qualquer situação concreta, para conflitos de princípios ou valores constitucionais”. GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., p. 27.