

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO

LUCCA SILVEIRA FINOCCHIARO

ESTADO DE DIREITO, JURISDIÇÃO E PROPORCIONALIDADE

PORTO ALEGRE

2018

LUCCA SILVEIRA FINOCCHIARO

ESTADO DE DIREITO, JURISDIÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Dissertação apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, no programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Área de concentração: Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Transindividuais.

Orientador: Dr. Anizio Pires Gavião Filho

PORTO ALEGRE

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Silveira Finocchiaro, Lucca
Estado de direito, jurisdição e proporcionalidade / Lucca Silveira Finocchiaro. -- Porto Alegre 2018.
162 f.
Orientador: Anizio Pires Gavião Filho.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Estado de Direito. Segurança Jurídica. Separação dos Poderes. Jurisdição. Proporcionalidade. I. Pires Gavião Filho, Anizio, orient. II. Título.

Nome: Finocchiaro, Lucca Silveira.

Título: Estado de Direito, Jurisdição e Proporcionalidade.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 29 de novembro de 2018

Banca Examinadora

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho – FMP

Presidente e Orientador

Prof. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger – FMP

2ª Examinadora

Prof. Dra. Cláudia Rosane Roesler – UnB

3ª Examinadora

Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto – Unilasalle

4º Examinador

***Dedico** este trabalho à minha mãe, Carla. Infelizmente ela não está mais entre nós: quis o destino tirar sua vida poucos dias antes do ingresso no mestrado. Porém, sua alma é eterna. Tenho a convicção de que ela está olhando lá de cima, dando forças para encarar todas as adversidades. Certamente o exemplo dela, de dedicação aos seus pacientes e ao estudo, ficará marcado na minha memória eternamente.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter a oportunidade de chegar a este momento. Em um mundo eivado de desigualdades, é uma dádiva divina estar entre os afortunados que tem a *oportunidade*. Espero não desperdiçar.

Agradeço à minha família, minha mãe, meu pai e aos meus irmãos, pelo apoio incondicional e pela compreensão. Sem eles, nada seria possível. Sem eles, não haveria o estímulo necessário para seguir em frente.

Agradeço à minha companheira, Bianca Teloken Ferreira, pela força, compreensão e por sempre estar disposta a ajudar. Também por sua paciência de escutar e olhar os incontáveis sumários que apresentei. Certa vez, disseram que um relacionamento é duradouro se sobrevive ao mestrado. Essa fase passou... com louvores.

Agradeço aos meus colegas de trabalho por entenderem o momento de dificuldades para cumprir com as obrigações do escritório. Agradeço pelo estímulo ao estudo e por suprirem a ausência mais ativa no trabalho. Em especial à Lia Sarti, por disponibilizar a sua sala durante o período, o que foi imprescindível para um maior foco. Ao meu chefe, Amir José Finocchiaro Sarti, que ajudou substancialmente para esse momento concretizar. Inviável não registrar o agradecimento à Lenara Silva, porque sempre foi solícita e paciente, mesmo quando eu pedia algo trabalhoso (e chato). Sua ajuda foi essencial.

Agradeço aos colegas Pietro Cardia Lorenzoni e Alexandre Prevedello, pelos debates jurídicos, incentivo e ajuda. Sem dúvidas, esses debates aprimoraram o trabalho e proporcionaram uma nova visão do tema.

Agradeço ao meu orientador, o professor Anizio Pires Gavião Filho, que aceitou a orientação mesmo a destempo. Agradeço por suas contribuições, pelo seu incentivo durante a realização deste trabalho e pela sua paciência e calma na condução da orientação.

Agradeço à professora Betânia de Moraes Alfonsin, por sua compreensão e incentivo nos momentos mais turbulentos.

Agradeço, por fim, à professora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, que muito me honra ter aceitado estar na banca do projeto e na banca final. Agradeço por sempre estar disposta a ajudar, pelas inúmeras dicas e pela paciência.

RESUMO

A presente pesquisa está inserida na Área de Concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, estando vinculada à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. O estudo aborda a regra (ou princípio) da proporcionalidade e o modo que ela se insere no Estado de Direito, notadamente na jurisdição constitucional. Estado de Direito, jurisdição e proporcionalidade estão umbilicalmente entrelaçados e revelam a necessidade de compreender o ordenamento jurídico como unidade. O Estado de Direito manifesta objetivos primordiais que devem ser seguidos, dentre os quais a segurança jurídica e a preservação dos espaços dos poderes. Porém, as tensões e as complexidades são inerentes ao ordenamento. Diante deste contexto, a proporcionalidade surge como instrumento para solução de conflitos e colisões. A utilização desenfreada da proporcionalidade, no âmbito dos tribunais, acarreta a necessidade de verificar os seus pressupostos teóricos detidamente, porque há espaços que devem ser preservados e porque o uso deliberado gera insegurança jurídica. A proporcionalidade não deve ser um problema ao ordenamento, mas sim uma solução. Assim, é impositiva a verificação da teoria e da prática, respondendo às críticas advindas, com o fito de identificar o uso racional do instituto a partir das bases sustentadoras do ordenamento. Conclui-se que a proporcionalidade – quando utilizada de forma criteriosa e adequada – eleva o grau de certeza jurídica, diminuindo substancialmente a arbitrariedade e a invasão dos espaços, concretizando as elementares do Estado de Direito. O método de abordagem utilizado para a realização do trabalho é o dedutivo. A técnica de pesquisa é de revisão bibliográfica e jurisprudencial. O procedimento empregado é o monográfico.

Palavras-chave: Estado de Direito. Segurança Jurídica. Separação dos Poderes. Jurisdição. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present research is inserted in Guardianships to Effectiveness of Unavailable Rights Area of Concentration, linked to Guardianships to Effectiveness of Transindividual Rights Line of Research. The study approaches proportionality rule (or principle) and the way it is inserted in the Rule of Law, notably in the constitutional jurisdiction. Rule of law, jurisdiction and proportionality are umbilically intertwined and show the need to understand the legal system as a unit. The rule of law expresses crucial objectives that must be followed, such as legal certainty and the preservation of judicial branches space. Nevertheless, tensions and complexities are inherent in ordering. Thus, proportionality emerges as an instrument in order to solve conflicts and collisions. The unrestrained proportionality use, in courts scope, results in the need to verify its theoretical presuppositions carefully, because there are spaces that must be preserved and its deliberate use creates legal uncertainty. Proportionality should not be a problem to legal order, but a solution. In this way, it is essential the verification of theory and practice, answering to criticisms so as to identify the rational use of the institute from the bases that sustain the legal order. We conclude that proportionality - when used in a discerning and appropriate way - raises the degree of legal certainty, reducing substantially arbitrariness and invasion of spaces, concretizing Rule of Law basic elements. The approach method of the present work is the deductive one and the technique is bibliographical and case law research. The procedure is monographic.

Keywords: Rule of law. Legal security. Separation of powers. Jurisdiction. Proportionality.

LISTA DE TABELAS, ORGANOGRAMAS E GRÁFICOS

Gráfico 1 – Relatório de processos novos e baixados entre 2009 e 2017 no TJ/RS.....	40
Organograma 1 – Os três exames da proporcionalidade.....	82
Tabela 1 – Medidas restritivas e respectiva aptidão.....	88
Tabela 2 – Comparativo entre medidas restritvas.....	88

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação cível
ACr.	Apelação criminal
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI:	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag.	Agravo
AgR	Agravo regimental
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
LC	Lei Complementar
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
Nº	Número
PA	Pará
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
RE-AgR	Agravo regimental no Recurso Extraordinário
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS BASES DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O COMPLEXO DIÁLOGO ENTRE OS PODERES	15
2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DO ESTADO DE DIREITO	16
2.1.1 Características e objetivos primordiais	17
2.1.2 A forma de “concretização”: a influência das tradições	24
2.2 O DIÁLOGO DE ESPAÇOS ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER JUDICIÁRIO	29
2.2.1 A crise no Poder Legislativo e a “dignidade” da legislação	32
2.2.2 A crise no Poder Judiciário e o complexo espectro de atuação	39
3 O ORDENAMENTO SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE	51
3.1 ENTRE DOIS EXTREMOS: REGRAS E PRINCÍPIOS	51
3.1.1 Distinção conceitual	52
3.1.2 Os conflitos e as colisões	59
3.1.3 A relação de precedência entre regras e princípios	63
3.2 ASPECTOS ESSENCIAIS DA PROPORCIONALIDADE	66
3.2.1 Fundamentando a proporcionalidade	70
3.2.2 Elementos da proporcionalidade	72
3.2.3 Uma aproximação da proporcionalidade ao ordenamento	83
4 A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE	90
4.1 A PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS	90
4.1.1 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Penal	91
4.1.2 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Eleitoral	95
4.1.3 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Administrativo	97
4.1.4 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Tributário	98
4.1.5 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Civil	100
4.1.6 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito do Consumidor	102
4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O USO DA PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS	103
4.2.1 Quanto ao “meio” desproporcional	103
4.2.2 Quanto aos “bens” colidentes	105
4.2.3 Quanto aos sentidos da proporcionalidade	107

4.2.4 Quanto à consequência jurídica	109
4.2.5 Quanto ao uso imoderado e incoerente.....	111
4.2.6 Quanto à abdicação da estrutura	113
4.3 O LUGAR DA PROPORCIONALIDADE	117
4.3.1 Sintetizando as principais críticas.....	118
4.3.2 Sistematizando as propostas	120
4.3.3 Em busca do uso adequado.....	128
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
6 REFERÊNCIAS	141
ANEXO A – PESQUISA NO TJ/RS COM O TERMO “PROPORCIONALIDADE” .	160
ANEXO B – PESQUISA NO TJ/RS COM OS TERMOS “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”	161
ANEXO C – PESQUISA NO STF COM O TERMO “PROPORCIONALIDADE”	162

1 INTRODUÇÃO

O Direito, como uma ciência humana, proporciona muitas discussões, inquietações e problemáticas. As mais empolgantes são as de maior dificuldade de resolução. Com efeito, os impasses que surgem são os mais diversos: de interpretações a lacunas legais; de conflitos de regras a colisões de princípios. O fato do Direito não ter a exatidão matemática, desafia questões praticamente insolúveis, porquanto há o envolvimento de fatores subjetivos e variáveis.

Ocorre, todavia, que não é tarefa simples estabelecer uma resolução definitiva, e os motivos não são escassos. Não há condições de ter um sistema jurídico que preveja todas as situações da vida, normas absolutas, claras e autoaplicáveis. Dizer isso, aliás, é praticamente uma obviedade: os subjugados pelo Direito e os próprios “criadores” dele são humanos. Os seres humanos são sujeitos a falhas e completamente imprevisíveis: cada homem e mulher tem o seu próprio modo de pensar e de agir, o que importa em um mundo fático vasto de situações jurídicas diversificadas. E é exatamente esse fato que torna ainda mais inexata a ciência jurídica.

Seja como for, a Constituição Federal determina a separação dos poderes, delegando aos poderes constituídos competências. Em essência, o Poder Legislativo elabora as normas jurídicas, o Poder Judiciário julga os conflitos e o Poder Executivo governa o povo, administrando os interesses públicos.

O Poder Legislativo é formado por sujeitos eleitos democraticamente pelo povo. Daí a ideia de que as normas emanadas desse representam a vontade do povo. Todavia, a função legislativa não é suficiente para prever todas as situações conflituosas que surgem da relação humana. Ainda, em determinados casos, mesmo com a norma, é possível ao Poder Judiciário não a aplicar.

Nesse viés, o estudo está inserido na Teoria Geral do Direito, permeando três grandes temas: Estado de Direito, Jurisdição e Proporcionalidade. Eles estão umbilicalmente entrelaçados e revelam a necessidade de compreender o ordenamento jurídico como unidade.

Em primeiro lugar, o Estado de Direito revela características e objetivos primordiais que devem ser seguidos, dentre os quais a segurança jurídica e a preservação dos espaços dos poderes. Em segundo lugar, há a jurisdição e suas complexidades. Em terceiro lugar, a proporcionalidade surge como instrumento para solução de conflitos e colisões.

O foco do estudo está na proporcionalidade. Esse instituto, praticamente banalizado pelos tribunais, não pode servir como “pretexto” para decisões subjetivas, a um porque há espaços que devem ser preservados, a dois porque o uso deliberado gera insegurança jurídica. A proporcionalidade não deve ser um problema, mas sim uma solução. Porém, não uma solução absoluta.

Diante desses aspectos reside o questionamento central do estudo: em que medida deve ser utilizada a proporcionalidade de modo a preservar os elementos do Estado de Direito? Com isso, o trabalho pretende verificar a proporcionalidade a partir das características e objetivos do Estado de Direito em especial no âmbito da jurisdição constitucional.

A relevância do tema fica evidenciada pelo que já foi exposto. O uso da proporcionalidade não está sendo conduzido de forma adequada pelos tribunais. Embora haja uma teoria que sustente a proporcionalidade, no Poder Judiciário não há critérios definidos para a utilização do instrumento.

Não bastasse isso, cada vez mais as decisões judiciais desconsideram a própria lei, afastando-a sem a devida fundamentação: o Poder Judiciário com a utilização do “princípio da proporcionalidade” esborda limites. Essas questões revelam a necessidade de definir o lugar da proporcionalidade, estabelecendo critérios racionais para o seu devido uso.

Parte-se da hipótese, nessa via, que a proporcionalidade deve ser racionalizada, sendo necessários critérios, tanto para sua utilização, quanto para o seu exame. A jurisdição possibilita diversas problemáticas, não sendo a proporcionalidade a solução mágica para os casos. Contudo, se essa for bem conduzida, não só fomenta a racionalidade, como também preserva o Estado de Direito.

O método de abordagem utilizado para a realização do trabalho é o dedutivo, porque se parte de premissas gerais para premissas particulares. Inicialmente, são tratados os fundamentos do ordenamento jurídico, expondo o Estado de Direito e o diálogo de poderes. As complexidades inerentes ao ordenamento (premissas gerais) são delineadas. Posteriormente, há a verificação teórica da proporcionalidade (premissas particulares). A partir das premissas gerais e particulares, objetiva-se fornecer as conclusões para o problema de pesquisa. Ou seja, irá abordar aspectos gerais para, ao final, com a análise conjunta das temáticas, verificar conclusões particulares. A técnica de pesquisa é de revisão bibliográfica e jurisprudencial. O procedimento empregado é o monográfico.

Para tanto, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro, expõe-se o Estado de Direito, bem como suas principais características e objetivos primordiais. Verifica-se a essencialidade dos elementos materiais do Estado de Direito, tais como segurança jurídica, democracia e direitos fundamentais, todos, diga-se, positivados na Carta Maior. Para atingir esses objetivos, aborda-se as tradições jurídicas da *civil law* e *common law*.

Posteriormente, após breve revisão do positivismo e do (neo)constitucionalismo, analisa-se o diálogo entre os poderes. Nesse ponto, mais um aspecto essencial do Estado de Direito: a separação de poderes. Não pode nem o Poder Judiciário, nem o Poder Legislativo deter uma margem discricionária ilimitada: os poderes constituídos possuem espaços que devem ser respeitados. Em que pese a crise institucional dos poderes, o espectro de atuação é vasto, sendo as regras balizadoras dos fenômenos (ou consequências) das decisões.

No segundo capítulo, a partir das problemáticas trazidas no capítulo anterior, estuda-se a proporcionalidade em sua acepção teórica. Assim, é examinada a dicotomia proposta pela teoria entre espécies normativas: regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos e os princípios mandamentos a serem otimizados. Por essa razão, as regras têm preferência em relação aos princípios. Essa diferenciação constitui a base analítica da proporcionalidade.

Em continuidade, os elementos e fundamentos teóricos da proporcionalidade são visitados. O instituto é subdividido em três exames: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A averiguação dos elementos e a constatação de que suas raízes estão no Estado de Direito, possibilita uma aproximação lógica da proporcionalidade ao ordenamento.

No terceiro capítulo, o estudo realiza-se em três partes. Inicialmente, são expostas decisões judiciais acerca da proporcionalidade, como o fito de observar como a proporcionalidade é aplicada nos tribunais brasileiros. Com base nas decisões, em uma segunda parte, são efetivadas considerações. As quatro primeiras são expositivas e as duas últimas tem viés crítico.

Ao final, as críticas à proporcionalidade são sintetizadas, bem como propostas de solução. Quando se fala em proporcionalidade no Estado de Direito, é necessário situar as críticas e as constatações acerca do instituto – na via prática e teórica – realizando uma análise sob a ótica dos elementos intrínsecos do Estado de Direito, sem desconsiderar a realidade vivenciada. Nesse contexto, buscam-se soluções às críticas, numa tentativa de estabelecer o uso adequado do instituto.

2 AS BASES DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O COMPLEXO DIÁLOGO ENTRE OS PODERES

Antes de analisar as bases do ordenamento e o complexo diálogo entre os poderes, é preciso verificar o que constitui um ordenamento¹. Azevêdo (2018²) destaca que “só se pode definir o Direito recorrendo à noção de sistema jurídico”. Com efeito, “o ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema” (AZEVEDO, 2018).

Dimoulis (2018, p. 60) trata o ordenamento jurídico como o “conjunto de normas que regulamenta o comportamento social e possui a validade, desde que respeite determinadas condições”. Waldron (2003, p. 18), vai além, salientando que “o que faz um sistema jurídico um sistema não é a posição estratégica da legislatura, mas o fato de que existe um conjunto organizado de instituições aplicadoras (como os tribunais), que reconhecem as normas como válidas em virtude dos mesmos critérios baseados nas fontes”.

Assim, se diz que o sistema jurídico “relaciona-se diretamente com as ideias de ordenação, unidade e autoridade estatal” (CAVARZANI, 2014³). Ou seja, “é um conjunto de normas jurídicas que se caracterizaria, sobretudo, por apresentar três aspectos, são eles: a unidade, a coerência e a completude” (AZEVEDO, 2018)⁴.

Essa ideia, aliás, advém de Kelsen, segundo o qual o sentido do ordenamento se verifica a partir da assertiva de que hipóteses de conduta geram consequências (KELSEN, 1999, p. 18). Dessa forma, distingue Kelsen uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira traz o Direito como um sistema de normas em vigor. A segunda, por sua vez, analisa o processo de produção e aplicação do Direito. Seria, pois, o Direito em movimento (KELSEN, 1999, p. 50).

Partindo dessas propostas, o ordenamento jurídico pressupõe um conjunto de normas em sentido geral (regras, princípio e precedentes⁵) ordenadas, as quais manifestam uma

¹ Não se pretende diferenciar “ordenamento jurídico” de “sistema jurídico”. Embora, em tese, haja dicotomias (AZEVEDO, 2018), a apresentação de critérios diferenciadores não acrescenta ao estudo.

² O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

³ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁴ Acerca dessa pretensão, MacCormick (2008, p. 17) discorre a necessidade de formar um sistema jurídico caracterizado pela consistência entre regras e coerência com os princípios.

⁵ Para MacCormick (2008, p. 17), “não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito”, as quais podem ter forma de lei, textos constitucionais e até mesmo precedentes.

unidade⁶ e objetivam coerência. O ordenamento implica, ainda, na existência da autoridade estatal e de instituições, que produzem e aplicam normas, em um constante movimento⁷. Ademais – tendo em vista o “papel fundamental de conformação de todo o sistema jurídico” (ÁVILA, 2016, p. 227) do Estado de Direito – imperioso verificar os seus aspectos essenciais.

2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DO ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito traduz um ideal de sistema ordenado de normas cogentes (regido pelo “Direito”) que observa a democracia (e, conseqüentemente, direitos fundamentais). O Estado de Direito está associado à segurança jurídica. Para angariar essa, deve-se recorrer ao estudo das tradições. Ou seja, cada país adota seus critérios e formas para buscar uma pretensa segurança jurídica.

No Brasil, o Direito é baseado na lei escrita. Contudo, há uma inegável aproximação da tradição civilista à tradição do *common law*, o que redundava em uma maior valorização do juiz e da hermenêutica jurídica, bem como aumento da judicialização e contencioso.

Nesse contexto, destaca-se o “positivismo” e “(neo)constitucionalismo”, os quais revelam a necessidade de um diálogo entre os poderes. Nesse particular surge mais um aspecto essencial do Estado de Direito: a separação de poderes.

Segundo esse, não pode nem o Poder Judiciário, nem o Poder Legislativo deter uma margem discricionária ilimitada. Os poderes constituídos possuem espaços que devem ser respeitados.

A verificação dos fundamentos do Estado de Direito e das complexidades do ordenamento – traduzidas no complexo “diálogo” entre os poderes – são essenciais para contextualizar, posteriormente, a proporcionalidade e permitir um estudo crítico e propositivo acerca do instituto. Isso se dá porque, consoante Bonavides (2009, p. 396), a proporcionalidade é cânone do Estado de Direito, o qual é considerado um dos fundamentos da proporcionalidade (STEINMETZ, 2001, p. 160).

⁶ Ávila (2016, p. 225) destaca, ainda, a necessidade do ordenamento ser acessível e compreensível aos cidadãos.

⁷ Não se desconhece de outras conceituações e teorias. A pretensão do trabalho não é esgotar o tema.

Não há, pois, como falar em proporcionalidade no Estado de Direito, sem verificar os elementos deste. Em outras palavras, a verificação do instituto depende da análise de suas raízes, bem como do contexto que se insere, tanto na via prática quanto na via teórica.

2.1.1 Características e objetivos primordiais

Em seu sentido formal, o Estado de Direito “designa qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos por lei e exercitados nas formas e procedimentos estabelecidos legalmente” (FERRAJOLI, 2009, p. 13, tradução nossa). Nessa via, a principal característica do Estado de Direito se denota quando “todo e qualquer sistema jurídico que tiver regras que sejam capazes de ser obedecidas pelas pessoas (públicas ou particulares, naturais ou jurídicas) a que se destinarem” (QUEIROZ, 2011, p. 90).

Para Habermas (1997, p. 212), “a ideia do Estado de direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno pelo direito legitimamente instituído”.

Raz⁸ destaca que o Estado de Direito (*rule of law*) possui dois aspectos essenciais: (a) as pessoas devem ser governadas pelo direito, obedecendo-o, e (b) o direito deve guiar as pessoas (e seus comportamentos), devendo ser capaz de ser obedecido (RAZ, 1997, p. 213-214). Nasser (2011, p. 64) explica a proposta:

O primeiro grupo compreende: i) a necessidade de que todas as normas (regras, leis) sejam prospectivas, abertas e claras; ii) a necessidade de que as normas sejam estáveis; e iii) que a produção de normas ou regimes legais particulares seja guiada por normas gerais abertas, estáveis e claras. O segundo grupo inclui: i) a independência do Poder Judiciário; ii) a observância de certos princípios de direito natural, tais como o da imparcialidade, pelos tribunais; iii) o poder dos tribunais para revisar a implementação dos demais princípios; iv) fácil acesso aos tribunais; e v) o impedimento de que agências de prevenção do crime possam perverter o direito.

Há duas perspectivas: em primeiro lugar o governante deve respeitar a lei; em segundo lugar, as pessoas⁹. De fato, “qualquer aproximação com a ideia do Estado de Direito depende

⁸ Cabe observar, porém, que Raz não se limita ao conceito formal. De acordo com Dimoulis (2011, p. 108), o conceito de Raz “não deixa de ser material-normativo, permitindo classificar os ordenamentos jurídicos conforme o conteúdo/qualidade de suas normas” (DIMOULIS, 2011, p. 108).

⁹ Importante ressaltar nessa via que um elemento chave para a compreensão positivista de Raz é a concepção de autoridade. Dimoulis (2018, p. 75) destaca que “há autoridade quando são reunidas duas condições. Primeiro, os

não apenas da expansão de direitos no papel, mas também, e talvez de maneira mais crítica, de como esses direitos são consistentemente implementados pelo Estado” (VIEIRA, 2011, p. 216). O governante respeita a lei porque busca a cooperação da população. Em outra via, Vieira (2011, p. 216-221) destaca três espécies de razões para o respeito das leis pelas pessoas: cognitivas¹⁰, instrumentais¹¹ e morais¹².

O conceito formal “é frequentemente criticado por, ao se preocupar essencialmente com forma e estrutura, permitir que o Direito carregue qualquer substância – diz-se, por exemplo, que um sistema de apartheid pode estar fundado em normas claras, prospectivas e abertas” (NASSER, 2011, p. 64).

Dimoulis (2011, p. 98) assevera que “os partidários do conceito material (ou substancial) do Estado de Direito consideram insuficiente o conceito formal, afirmando que o Estado de Direito deve satisfazer requisitos de qualidade político-social das normas vigentes”.

As concepções formais restringem o Estado de Direito a critérios mínimos relacionados à própria norma (clareza e generalidade) e o funcionamento das instituições jurídicas; as concepções materiais expandem o conceito, incluindo outros elementos (NASSER, 2011, p. 60).

Dentre esses, elenca Dimoulis (2011, p. 98): o caráter democrático da eleição dos legisladores; o controle do processo e resultado legislativo; a separação de poderes; independência do Poder Judiciário; controle de constitucionalidade; a estipulação de direitos fundamentais e garantias pelo Estado; normas que assegurem o bem estar da população.

destinatários do comando obedecem porque confiam na autoridade ou se sentem por ela intimidados [...] Segundo, as ordens da autoridade são obedecidas independentemente do juízo de valor que o destinatário faz sobre essas. Isso significa que as razões que oferecem a autoridade conseguem vencer as razões do próprio interessado”.

¹⁰ Quanto às razões cognitivas: “o primeiro conjunto de razões para que haja o cumprimento individual das leis é certamente cognitivo e diz respeito à capacidade de entendimento dos conceitos jurídicos básicos, como a noção de regras e direitos. Sem essas concepções culturais básicas, nós não podemos pensar na possibilidade de respeitar o Direito” (VIEIRA, 2011, p. 216).

¹¹ Quanto às razões instrumentais: “o segundo conjunto de razões para a obediência ao Estado de Direito está ligado à nossa habilidade de raciocinar instrumentalmente, calcular riscos e potenciais benefícios nas ações que tentamos realizar. As pessoas respeitam as leis e os direitos dos demais para obter recompensas ou escapar de punições. Se utilizarmos uma visão instrumental estrita, o respeito ao Direito é reforçado se o seu descumprimento acarretar claramente um custo para o nosso bolso, nossa liberdade, nossa imagem, nosso estado psíquico ou nossa integridade, e se respeitá-lo for igualmente benéfico pelas mesmas razões” (VIEIRA, 2011, p. 217).

¹² Quanto às razões morais “o respeito à lei é devido ao fato de que os próprios cidadãos, sob um procedimento especial justo, produzem leis reguladoras das relações sociais e da esfera pública. A justiça do procedimento garantiria que a maximização do auto interesse fosse neutralizada, assim o povo poderia deliberar em termos de bem público, o que criaria uma obrigação moral sobre todos os cidadãos de aceitar esses resultados” (VIEIRA, 2011, p. 220).

Couto e Silva, a seu turno, argumenta que o Estado de Direito possui diversos componentes, dentre os quais um sistema de direitos e garantias fundamentais, a divisão das funções do Estado (com freios e contrapesos), legalidade e proteção da boa-fé ou da confiança (COUTO E SILVA, 2015, p. 19).

Streck e Morais (2008, p. 98-99) destacam os seguintes “princípios”:

A- Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B- Organização Democrática da Sociedade; C- Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos [...]; D- Justiça Social [...]; E- Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas também, como articulação de uma sociedade justa; F- Divisão de Poderes ou de Funções; G- Legalidade [...]; H- Segurança e Certeza Jurídicas.

Contudo, “a solução para o problema da definição tampouco pode ser dada pelo conceito material que é caracterizado pela multiplicidade e pela subjetividade das definições” (DIMOULIS, 2011, p. 115). Assim, deve-se adotar uma sistemática mista, ressaltando que “os ordenamentos jurídicos que adotam os princípios do Estado de Direito tutelam a dignidade humana porque respeitam a autonomia dos cidadãos” (DIMOULIS, 2011, p. 108)¹³.

Em via semelhante, Kelsen (1999, p. 218) entende que a expressão “Estado de Direito” somente “é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica”. Para Novais (2012, p. 21), “só se encontra verdadeiro Estado de Direito onde também exista democracia e não se encontra verdadeira democracia sem Estado de Direito”.

O Brasil “positivou” esse ideal democrático¹⁴, tendo pactuado, no art. 1º da CF¹⁵, o “Estado Democrático de Direito”, o qual permeia a divisão de poderes e um sistema representativo que combina a vontade do cidadão com a representação dos Estados (SILVA FILHO, 2014, p. 170-171).

Streck (2011, p. 53), por sua vez, sedimenta que o “Estado Democrático de Direito”¹⁶ está umbilicalmente ligado à realização dos direitos fundamentais, sendo esse o *plus*

¹³ Conforme Ávila (2016, p. 226), “respeitar a dignidade humana envolve tratar os homens como pessoas capazes de planejar e definir seu futuro”.

¹⁴ A questão será melhor abordada no tópico 2.2.1.

¹⁵ Não se desconhece que seria terminologicamente correto utilizar a signa CRFB (“Constituição da República Federativa Brasileira”). Porém, o trabalho adotará a sigla CF (“Constituição Federal”) porquanto mais clara e usual.

¹⁶ No ponto, verifica-se o acréscimo da palavra “democrático” à expressão trabalhada (“Estado de Direito”), que decorre do próprio texto constitucional.

normativo por ele trazido. Nesse âmbito, “surge uma nova perplexidade envolvendo a própria noção de Estado de Direito democrático, portanto, um Estado que reconhece os direitos fundamentais num quadro de regime democrático” (NOVAIS, 2012, p. 08)¹⁷.

Ou seja, ao assumir o feitiço democrático, “a lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou promoção” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 100), até mesmo porque há um “conjunto de direitos fundamentais” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 93).

Tais direitos fundamentais¹⁸ constituem “direitos subjetivos passíveis de exigibilidade judicial na media em que são garantidos por normas jurídicas vinculantes (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 38)¹⁹. E não só: os direitos fundamentais revelam, ainda, a existência de um dever geral de efetivação pelo Estado de proteção contra “agressões” do próprio Estado e de particulares (SARLET, 2009b, p. 148-149).

Segundo Alexy (2015b, p. 193), um sistema de posições jurídicas fundamentais pressupõe “uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências”. Segundo Gavião Filho (2011, p. 39), a verificação por posições jurídicas torna-se relevante na media que há uma ampla gama de relações jurídicas.

O primeiro subdivide-se em duas espécies (ALEXY, 2015b, p. 196-203): (a) direito a ações negativas; e (b) direito a ações positivas. Quanto às ações negativas, há uma nova divisão, em três espécies.

Inicialmente, tem-se o direito de não embaraço de ações (ALEXY, 2015b, p. 196). Nessa perspectiva, o objeto está nas omissões estatais, porquanto o indivíduo tem o direito de que o Estado “não impeça ou crie obstáculos a determinadas atividades” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 39).

Alexy (2015b, p. 199) designa a segunda categoria como “direitos a não-afetação de características e situações”. Para o autor, o Estado não pode afetar “determinadas

¹⁷ Ou seja, o Estado Democrático de Direito, supera o Estado Social de Direito, pressupondo a valorização do jurídico e uma rediscussão do papel do Poder Judiciário (STRECK, 2011, p. 52).

¹⁸ Acerca dos direitos humanos e direitos fundamentais, vide Ingo Sarlet (2009b).

¹⁹ Importante ressaltar a lição 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 de Sarlet (2009b, p. 29), diferenciando direitos humanos e fundamentais. Conforme o autor, “em que pese sejam ambos direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao que passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional”.

características e situações do titular do direito” (ALEXY, 2015b, p. 199), tais como a inviolabilidade de domicílio.

O terceiro grupo inserido nos direitos a ações negativas determina que “o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito” (ALEXY, 2015b, p. 199). Para Alexy (2015b, p. 201), “o direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas”.

Por outro lado, os direitos a ações positivas revelam prestações materiais²⁰ e imposições de normas²¹ (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 39). Quanto às liberdades, Alexy (2015b, p. 222) afirma a importância da “liberdade jurídica”, uma vez que revela a alternativa de ação do indivíduo. Quanto às competências²², Alexy (2015b, p. 244) entende ser “imprescindível para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais. Isso vale tanto em relação às competências do cidadão quanto em relação às competências do Estado”.

No Brasil, conforme Sarlet (2009b, p. 63), após o processo de redemocratização, a CF formatou um catálogo de direitos fundamentais, que sedimentam uma nova ordem constitucional. Porém, o Estado de Direito “acolhe e possibilita a discussão, o contra-argumento está associado, entre nós, à ideia de legalidade, de um governo das leis, imparcial, que se opõe a um governo autoritário” (MARTINS; ROESLER; DE JESUS, 2011, p. 212).

²⁰ Para Alexy (2015b, p. 202), “trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito vagas nas universidades”. O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática”.

²⁰ Alexy (2015b, p. 202) aduz que “direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. Se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro - algo que é deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal -, o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie”.

²⁰ As competências do cidadão revelam que viola norma de direito fundamental a revogação pelo legislador de competências como contrair matrimônio, criar associações, entre outras (ALEXY, 2015b, p. 244). Há, pois, uma relação com as liberdades. Assim, “o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade a um mínimo existencial ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades”. O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática”.

²¹ Alexy (2015b, p. 202) aduz que “direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. Se se pressupõe uma titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro - algo que é deixado em aberto pelo Tribunal Constitucional Federal -, o direito do nascituro à proteção por meio de normas do direito penal é um direito dessa espécie”.

²² As competências do cidadão revelam que viola norma de direito fundamental a revogação pelo legislador de competências como contrair matrimônio, criar associações, entre outras (ALEXY, 2015b, p. 244). Há, pois, uma relação com as liberdades. Assim, “o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade - e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz” (ALEXY, 2015b, p. 246). Por outro lado, as competências do Estado são contraponto às competências do cidadão. Segundo Alexy (2015b, p. 247), “neste ponto, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência. Uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência”.

Com isso, embora atrelados, há uma dimensão de tensão entre direitos fundamentais e democracia (NOVAIS, 2012, p. 25).

Com efeito, por excelência as normas jurídicas (“fruto” do ideal democrático) restringem direitos fundamentais, o que revela uma constante tensão. Por isso, importa “garantir o aperfeiçoamento, racionalidade, objectividade e adequação dos mecanismos e técnicas de controlo de constitucionalidade das restrições e intervenções restritivas que afectam os direitos fundamentais em Estado de Direito” (NOVAIS, 2012, p. 28).

No entanto, para Ávila (2016, p. 225), “os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se os cidadãos não sabem previamente dentro de que limites pode exercer a sua liberdade [...] e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas [...] e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições”²³. Então, chega-se a outro ponto essencial do Estado de Direito: a segurança jurídica.

Humberto Ávila (2016, p. 226) entende que o Estado de Direito relaciona-se com a segurança jurídica nas suas dimensões: formal e material. A primeira diz respeito à separação de poderes e à concepção formal do Estado de Direito. Isso porque “a estruturação formal do Direito é um elemento assegurador da realização da segurança jurídica”, vez que preza pela clareza certa, precisão, inteligibilidade, generalidade e abstração (ÁVILA, 2016, p. 227). A segunda diz respeito à proteção de direitos, funcionando a segurança jurídica como garantidora da autonomia do indivíduo (ÁVILA, 2016, p. 228).

Ávila (2016, p. 229) aduz que:

A instituição do princípio do Estado de Direito demonstra que a Constituição, por meio do estabelecimento de um ideal mais amplo a ser buscado, garante a segurança jurídica como segurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito e dos direitos, dos cidadãos frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos capazes de efetivar os direitos individuais e de assegurar o exercício legítimo do poder pelo Estado.

Partindo disso, a segurança jurídica interliga-se ao Estado de Direito, objetivando, de um lado, garantir a estabilidade do ordenamento jurídico e, de outro, a proteção da legítima confiança, isto é, a previsibilidade acerca da atuação do Poder Público (CANOTILHO, 2003, p. 164).

²³ Somente nessa perspectiva há três planos da pretensão de “segurança jurídica”: segurança do Direito, segurança de direitos e segurança frente ao Direito (ÁVILA, 2016, p. 225).

Para Ávila (2016, p. 225), o Estado de Direito denota a característica de proteção a direitos e responsabilidade estatal, o que se perfaz tão somente com um ordenamento inteligível, confiável e previsível. Em sua obra, Ávila (2016) discorre sobre a segurança jurídica em seus diversos ângulos, facetas, formas e perspectivas, concluindo que a CF também a prevê de forma expressa, em seu preâmbulo e em dispositivos subsequentes (ÁVILA, 2016, p. 220).

No mesmo sentido, Ingo Sarlet (2009a, p. 90) enfatiza que a segurança jurídica “passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”, sendo “simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional”.

Zenon Bankowski (2007, p. 181) afirma que “o ponto central do Estado de Direito é que, por ser prospectivo, nos permite prever o que acontecerá e, assim, nos permite organizar nossas vidas antecipadamente”, aspecto que também demonstra a correlação entre Estado de Direito e Segurança Jurídica²⁴.

Seja como for, não há como negar que a finalidade do Direito é – ao menos em tese – a justiça, mas a formulação das normas jurídicas nem sempre a concretiza. A positivação do Direito, em geral, tem como objetivo garantir segurança e certeza na vida social. O Direito constitui instrumento de segurança (SILVA, J. 2009, p. 15).

A justiça e a segurança são os valores que embasam a existência do Direito, havendo correspondência entre ambos. O Direito seguro nem sempre será justo - como ocorre nos sistemas autoritários - por outro lado, o Direito inseguro será necessariamente injusto, na medida em que não assegura ou observa a igualdade, motivo da procura pelo “direito seguro legítimo, que é aquele que vale para todos” (SILVA, J. 2009, p. 15).

Para Almiro do Couto e Silva (2015, p. 20), “no fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomarmos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza”. Entretanto, circunstâncias fazem preponderar a segurança jurídica, a qual, ali, é “ela a própria justiça” (COUTO E SILVA, 2015, p. 21).

²⁴ Luís Roberto Barroso (2009a, p. 139-140) destaca que o Estado Democrático de Direito denota: “1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.

Alexy (2017b, p. 41-42) entende que “existe uma relação de tensão” com a pretensão de correção. Para o autor:

O princípio da segurança jurídica é um princípio formal. Ele exige a vinculação àquilo que é fundado em autoridade e socialmente eficaz. O princípio da justiça é, pelo contrário, um princípio material ou substancial. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. Ambos os princípios podem, como princípios, bem genericamente colidir e eles fazem isso muitas vezes.

Portanto, pode-se dizer que um Estado de Direito denota um sistema ordenado de normas cogentes (conceito formal) que visam assegurar garantias básicas aos cidadãos, em especial a segurança jurídica, a democracia e os direitos fundamentais (inclui-se, a dignidade da pessoa humana, conceito material²⁵). No entanto, o Direito está sempre em constante movimento e estabelece inegáveis tensões (“segurança jurídica” e “justiça”; “democracia” e “direitos fundamentais”).

Contudo, tendo o Estado de Direito objetivos identificáveis, deve-se avaliar qual o meio escolhido para a concretização. O porquê dessa escolha somente fica evidenciado a partir do estudo histórico.

2.1.2 A forma de “concretização”: a influência das tradições

Habitualmente, confunde-se a noção de “tradição jurídica” com a noção de “sistemas jurídicos”. Isso porque “o estudo das tradições jurídicas é relativamente incipiente na doutrina brasileira” (CAVARZANI, 2014). As tradições jurídicas não são um conjunto de normas ou instituições, mas sim aspectos que sedimentam a natureza, função e forma do Direito, relacionando o aspecto histórico-cultural do fenômeno jurídico (CAVARZANI, 2014).

Indaga-se, nesse viés, qual a relevância e necessidade do estudo; ou, ainda, qual influência nas instituições jurídicas (CAVARZANI, 2014). Se é verdade que “as tradições jurídicas consistem em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados nas comunidades” (CAVARZANI, 2014), parece evidente que qualquer releitura do ordenamento pressupõe a sua avaliação. O conhecimento histórico é imprescindível para

²⁵ Todos esses elementos, como já visto, estão expressos na CF.

compreender os fenômenos jurídicos: “um ordenamento é o que é a partir das bases históricas que o formaram” (VICTORINO, 2013²⁶).

As maiores tradições jurídicas ocidentais são as seguintes: *common law*, presente nos países de língua inglesa e na maioria dos países que foram politicamente influenciados pela Inglaterra, e *civil law*, proveniente do sistema jurídico romano-germânico²⁷.

A distinção reside no foco da ciência jurídica, a essência a partir da qual serão desenvolvidos ou adaptados os instrumentos necessários à consecução dos fins desejados (BORGES; VANDRESSEN, 2015), notadamente a segurança jurídica. De fato, “o *civil Law* e o *common law* são tradições jurídicas derivadas de circunstâncias políticas e culturais distintas, o que acarretou a formação de institutos e conceitos próprios em cada sistema” (OLIVEIRA JUNIOR, 2017²⁸).

No *civil law* a segurança jurídica e a igualdade eram representadas pelo produto da atuação do parlamento - pelas leis. Segundo Délio Mota de Oliveira Junior (2017), “o período anterior à Revolução Francesa, não se concebia um Poder Judiciário independente, pois não havia exata delimitação da atividade jurisdicional, de modo que os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes”.

A tradição civilista deriva de circunstâncias políticas e culturais. O *civil law* desenvolveu-se a partir dos ideais da Revolução Francesa e visava conter o abuso de poder, com o fim de proporcionar igualdade entre os cidadãos pela lei, mediante sua aplicação indistinta a todos. Esse fato se deu notadamente pela desconfiança no Poder Judiciário, que não raramente decidia com base na vontade dos governantes (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017).

Os expoentes da revolução francesa desconfiavam dos juízes, que, em geral, compactuavam com a manutenção dos privilégios da monarquia absolutista. E essa

²⁶ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

²⁷ Cappelletti (1999, p. 116-123), em célebre obra (“Juízes legisladores”) defende as seguintes diferenças: a) em relação à estrutura e organização, as cortes superiores tradicionais dos países de *civil law* são profundamente diversas dos tribunais superiores dos países de *common law*, unitária e compacta; b) ao contrário do que ocorre no *civil law*, há no *common law* a possibilidade de os tribunais superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados, escolhendo somente os que suscitam questões de maior relevância geral; c) no *civil law* os juízes são de carreira, o que influi diretamente na personalidade e na forma de decidir; d) falta nas decisões da *civil law* a regra formal do *stare decisis*, ou seja, o vínculo aos precedentes; e) a lei em países do *civil law* confunde-se com o próprio direito, enquanto no *common law*, o direito legislativo é fonte excepcional.

²⁸ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

desconfiança em relação ao Poder Judiciário acarretou a ruptura do sistema jurídico²⁹, dando origem à era das codificações excessivas e ao formalismo na interpretação judicial (juiz apenas declara a vontade da lei ou do legislador, que representa o povo).

A garantia da segurança jurídica e da igualdade era pela lei (que expressava a vontade do povo, o verdadeiro titular do poder de elaborar normas). Cabia ao juiz apenas observá-la (e nem mesmo interpretá-la), ou seja, a atividade judicial era meramente declaratória de uma solução prévia concebida pelo legislador para os possíveis conflitos.

Daí que fica disseminada a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a qual efetiva a cisão entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Para Montesquieu o juiz seria *bouche de la loi* (boca da lei). Em resumo, na França revolucionária que bastava a existência de uma legislação clara e completa, de modo que, em caso de conflito, obscuridade ou falta de lei, a questão deveria ser repassada ao Poder Legislativo para apreciação (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017). Constata-se que a formação e o desenvolvimento do *civil law* estão fortemente marcados por um contexto histórico-social muito marcante.

Por outro lado, o *common law* inglês sempre manteve a sua estrutura, não obstante a Revolução Gloriosa de 1688, que limitou os poderes do monarca inglês. Quer dizer, não houve a reformulação do Direito, mas sim o seu desenvolvimento contínuo³⁰. A força dos precedentes (ou das regras jurisprudenciais³¹) sempre foi responsável pela preservação da segurança jurídica e também da igualdade.

Ao contrário do ocorrido na França, não havia a desconfiança do Poder Judiciário, razão pela qual não se tinha a necessidade de dogmatizar o sistema jurídico pela lei³². Nessa via, “o common law busca a equidade entre os cidadãos a partir da aplicação das decisões dos casos concretos já julgados aos casos futuros, cujos fatos sejam semelhantes” (OLIVEIRA JUNIOR, 2017).

²⁹ A Revolução Francesa destruiu todo o regime anterior, isto é, alterou toda a estrutura política e todo o sistema jurídico, instituindo, portanto, um novo direito a partir da supremacia do Poder Legislativo sobre os demais poderes, em especial sobre o Judiciário (CAENEGEM, 2010, p. 08-09).

³⁰ Raoul Van Caenegem (2010, p. 06) aponta como uma característica distintiva do sistema jurídico inglês frente aos demais sistemas europeus (especialmente o francês e o alemão) a inexistência de grandes rupturas, como a ocorrida na França ao tempo da Revolução, motivo pelo qual o presente nunca se encontra totalmente isolado do passado.

³¹ Thomas Bustamante (2012, p. 479-484) afirma que os precedentes geram regras jurisprudenciais como obrigações *prima facie*.

³² Délio Mota Oliveira Junior (2017), salienta que “diferentemente do contexto histórico-social da França, na Inglaterra, o Poder Judiciário foi fundamental para fortalecer os ideais progressistas que visavam a proteger os cidadãos perante o monarca. Os juízes também desempenharam relevante papel na centralização do poder e na superação do modelo feudal”.

Como refere Luis Guilherme Marinoni (2016, p. 98), o *common law* “não relaciona a previsibilidade com o conhecimento da lei, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário”. René David (2002, p. 25), porém, acentua que “a regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro”

Nesse norte, o *common law* se caracteriza pela eleição do precedente como fonte primária, sendo tal força vinculativa das decisões, como se registrou, elemento central de tal estrutura jurídica. De se registrar que os precedentes ostentam o condão de vincular a decisão proferida aos casos posteriores (CARPENA, 2010).

No Brasil, o Direito é baseado na lei escrita, de modo que o ordenamento jurídico possui normas hierarquizadas e positivadas. Bem por isso se tem a Constituição Federal escrita, inúmeros códigos, leis e categorias de dispositivos legais (leis ordinárias, leis complementares, decretos, medidas provisórias etc.). Ou seja, a fonte primária do jurista brasileiro é a lei (CAVARZANI, 2014).

Significa dizer que é composto de normas que englobam, de forma geral, os casos particulares, de modo que um juiz ou tribunal, ao depararem-se com um caso concreto, identificam a lei que melhor a esse se aplica. É, pois, um sistema constituído por normas substantivas e gerais.

Diga-se: a influência das regras escritas é tão grande, que por vezes há a confusão entre a ideia de Direito e lei (CAVARZANI, 2014). Barbosa e Andreassa Júnior (2017³³) corroboram esse entendimento: “o ordenamento jurídico brasileiro surgiu da tradição romano-germânica e, por conseguinte, baseia-se na lei escrita e promulgada pelo Estado”³⁴.

As circunstâncias demonstram que o Brasil é país de *civil law*, não somente pelos elementos caracterizadores da tradição civilista, mas também em razão da “ausência de mecanismos de criação judicial do Direito por meio de um sistema de precedentes” (CAVARZANI, 2014), ao menos em tese. Daí entra em pauta a questão da postura mais ativista dos julgadores, que será posteriormente delineada.

³³ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

³⁴ Conforme Couto e Silva (2015, p. 499), “o romanismo e germanismo confluíram poderosamente na conformação do nosso Código Civil e, com maior ou menor vigor, continuam ainda a influir na sua interpretação e na modelação do direito civil brasileiro contemporâneo”.

De todo modo, na tradição do *civil law*, o julgador “não está adstrito aos julgamentos anteriores, sejam estes proferidos por juízes de mesma hierarquia, ou mesmo de hierarquia superior. Estão limitados apenas pelos textos normativos” (CIMARDI, 2015, p. 79)³⁵.

Atualmente, todavia, é inegável que “existe uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo”(MITIDIERO, 2015³⁶). De fato, “a aproximação do sistema do *civil law* ao do *common law*, no sentido de valorizar a jurisprudência no plano das fontes do direito, é um fenômeno de amplas dimensões no mundo ocidental de tradições romanísticas” (THEODORO JÚNIOR, 2016³⁷). Cappelletti (1999, p. 111-134) aponta diferenças fundamentais entre as “grandes famílias jurídicas”, ressaltando uma tendência evolutiva de convergência³⁸.

Esse fenômeno de aproximação da tradição produz alguns efeitos ao ordenamento: (a) maior valorização do juiz e da hermenêutica jurídica; (b) a judicialização e a intensificação do contencioso no Brasil, provocando decisões judiciais distintas para questões jurídicas semelhantes³⁹; (c) o controle de constitucionalidade difuso (exercido pelos juízes e tribunais).

O estudo das influências históricas e das tradições permite definir o modo de operacionalização do ordenamento jurídico. Partindo de certos pressupostos, é completamente viável vislumbrar a forma com que se estuda o Direito e que se pretende atingir os objetivos do Estado de Direito, notadamente a segurança jurídica. A aproximação das “famílias jurídicas” demonstra, ainda, a dificuldade aplicativa do Direito, bem como a necessidade de aferir com precisão o diálogo entre os Poderes.

³⁵ De acordo com Gavião Filho (2015a, p. 124), “a lei é produzida por atos institucionais do Poder Legislativo, especialmente nos casos dos ordenamentos jurídicos codificados do Direito romano-germânico. A lei configura objeto primário da interpretação jurídica. Também constituem objeto da interpretação jurídica os precedentes da jurisprudência dos tribunais. No Direito anglo-saxônico a interpretação jurídica dos precedentes é central, pois se cuida de Direito predominantemente não legislado”.

³⁶ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

³⁷ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

³⁸ Conforme Bruno Dantas (2011, p. 62), essa nova realidade “adquire relevo antes inimaginável em sistemas de *civil law*”, em especial com a edição do Novo Código Civil de 2015. Curioso que, para adotar um modelo diverso, o Brasil recorre a diplomas legislativos. Em outras palavras, é necessária uma regra formulada pelo Poder Legislativo para mudar o panorama do ordenamento e implantar novos paradigmas.

³⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier (2009) ressalta que “a vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado”. Os precedentes judiciais, portanto, “garantem a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para o exercício das atividades sociais” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 08). O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

2.2 O DIÁLOGO DE ESPAÇOS ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER JUDICIÁRIO

O estudo da tradição demonstra que há uma tensão entre as esferas de Poder. Segundo Lênio Streck (2011, p. 378), a tensão decorre também “do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo”, o qual reforça o papel hermenêutico do Direito. Segue o autor (STRECK, 2011, p. 378-379) destacando que esse é o grande dilema atual do Direito: equilíbrio entre textos principiológicos, crescentes demandas sociais, necessidade de concretização de direitos e, por outro lado, os alicerces de uma democracia representativa. Nessa via, a doutrina expõe os fenômenos do positivismo e constitucionalismo, estabelecendo, inclusive, supostas tensões⁴⁰.

Dimoulis (2018, p. 24) indica que, na essência, “o positivismo jurídico indica a preocupação com o estudo do Direito posto (e também imposto)”. Importante destacar, nesse viés, o positivismo exclusivo (ou *hard*)⁴¹ e o positivismo inclusivo (ou *soft*)⁴². Fato é que não há apenas um tipo de “positivismo jurídico” e ele não está limitado ao positivismo da escola da exegese (mera aplicação da lei)⁴³.

Por outro lado, o (neo)constitucionalismo também não pode ser considerado como único, mas sim plural: não há apenas um conceito. Ávila (2009a, p. 02-03) afirma que esse está inserido – em maior ou menor intensidade – nos fenômenos de aplicação do Direito Constitucional, teria cinco elementos: (a) princípios em vez de regras (normativo); (b) ponderação em substituição à subsunção (metodológico); (c) justiça particular no lugar de

⁴⁰ Conforme Cláudio Ary Melo (2010, p. 15), “segura em um ambiente acadêmico altamente homogêneo e com poucas vozes dissonantes, a doutrina constitucional brasileira acolheu o programa do neoconstitucionalismo transnacional de forma basicamente acrítica. O neoconstitucionalismo, ou qualquer das suas outras denominações, tornou-se a doutrina oficial da teoria constitucional brasileira”. Segue o autor afirmando que o programa neoconstitucional valoriza a supremacia do poder judicial na interpretação da constituição, demonstrando indiferença ao papel do parlamento, criticando, assim, o positivismo jurídico como teoria do direito (MELO, 2010, p. 15).

⁴¹ No positivismo jurídico exclusivo é adotada uma teoria da validade do Direito de cunho formal, porquanto rejeita critérios morais. É dizer: “as ordens da autoridade são obedecidas independentemente do juízo de valor” (DIMOULIS, 2018, p. 75). Em outras palavras, “obedece porque é direito” (DIMOULIS, 2018, p. 76).

⁴² Para Dimoulis (2018, p. 77) o positivismo jurídico inclusivo está nas decisões das autoridades legislativas (direito como “fato duro”). Porém, ao observar as convenções sociais relativas ao conteúdo, verifica-se elementos estruturais morais.

⁴³ Sanchis (1997, p. 15) indica que há duas espécies de positivismo: uma mais radica que entende o Direito como o critério do justo (o que está a mandar) e do injusto (o que está a proibir), havendo uma obrigação moral incondicionada à obediência. A versão mais moderada, por outro lado, entende o Direito como ordem que regula a convivência tendo em conta valores morais e certeza. Alexy estabelece a dicotomia entre positivismo exclusivo e inclusivo a partir da relação “moral” e “direito”: “o positivismo exclusivo, sustentado mais proeminentemente por Joseph Raz, afirma que a moral necessariamente está excluída do conceito de direito. O positivismo inclusivo, que é, por exemplo, sustentado por Jules Coleman, diz que a moral nem necessariamente está excluída nem necessariamente incluída. A inclusão é, ao contrário, uma matéria contingente ou convencional, que depende disto, o que diz o direito positivo” (ALEXY, 2017, p. 12).

justiça geral (axiológico); (d) Poder Judiciário em vez do Poder Legislativo e Executivo (organizacional); (e) Constituição em vez da lei.

Inegável a importância do paradigma constitucional, o que, todavia, não significa a redução da teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim alçar à Constituição um papel fundamental, inclusive no que tange o papel o de controle de constitucionalidade. Para Moreira (2008, p. 252), o neoconstitucionalismo daria primazia aos princípios preenchidos pela argumentação jurídica⁴⁴, enquanto no positivismo há um conjunto de regras. Está enraizado, pois, em um Estado Constitucional de Direito⁴⁵, que dá mais voz à Constituição e à jurisprudência do Tribunal Constitucional como fontes. A sociedade é, então, plural e global (e não homogênea, como supostamente no positivismo).

Para Ávila (2009a, p. 17-18), entretanto, o fenômeno não encontra suporte na Constituição, a um porque a CF tem mais regras que princípios, a dois porque o aplicador não pode desconsiderar as soluções legislativas, mormente na própria Constituição há a previsão de normas de competência, a três porque o ordenamento preza pela certeza e redução da arbitrariedade, a quatro porque é por meio do Poder Legislativo que se pode conseguir participação e a consideração da opinião de todos.

Ao analisar os dois fenômenos, não transparecem dicotomias substanciais. Pode-se falar que a relação da moral e valores com o Direito seria uma importante diferença (a depender, no ponto, do “tipo” de positivismo)⁴⁶. Entretanto, no Brasil, como a CF possui uma grande carga valorativa – com princípios, direitos fundamentais – há uma inegável semelhança. A dicotomia reside mais na perspectiva em que o Direito é analisado.

No constitucionalismo, com a preferência por princípios e valores, há mais armas ao aplicador (leia-se, “Poder Judiciário”). O positivismo no contexto brasileiro, mesmo o mais extremo, não tem como desconsiderar princípios, porquanto positivados (legislados) na Carta Maior e também em diplomas legais esparsos. Porém, isso não significa preferência de princípios em detrimento de regras. Em última análise, a compreensão reforça a necessidade

⁴⁴Atienza argui que “o direito do Estado Constitucional se caracteriza porque nele os princípios assumem uma particular importância. Por isso é um direito que dá aos juízes mais poderes do que tiveram no Estado anterior, no Estado Legislativo; me parece que isso é inevitável” (ATIENZA, 2007a, p. 198).

⁴⁵Ferrajoli (2009) designa o positivismo como um “Estado legislativo de Direito”.

⁴⁶De acordo com Alexy (2017a, p. 11), “todos os positivistas sustentam a tese da separação. Em sua forma mais geral ela diz que não existe nenhuma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser. Uma formulação mais precisa diz que não existe nenhuma união necessária entre validade jurídica ou correção jurídica, de um lado, e correção moral, do outro lado. Em oposição a isso, todos os não-positivistas sustentam a tese da união”.

de teorizar a norma (objeto do capítulo seguinte) e verificar em que medida os poderes constituídos devem dialogar.

Levam tais considerações, pois, a um ponto essencial do Estado de Direito: a separação de poderes. Conrado Hubner Mendes (2011, p. 22) entende que, “se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao Poder Judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas”. Mas será que basta um “bom argumento”? Com efeito, para entender nesse ponto a separação de poderes é necessário verificar as suas dimensões, bem como a legitimidade democrática (MENDES, 2011, p. 42).

Normalmente são introduzidas duas alternativas: ou “todo poder aos juízes”, ou impede-se a intromissão na esfera do Poder Legislativo em decorrência da separação dos poderes. Entretanto, não pode prevalecer essa “dualidade radical”, de modo que “a decisão do Poder Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições” (SILVA, V. 2009, p. 220).

Ou seja, “o poder final é ‘compartilhado’ pelos três poderes em conjunto, em uma relação harmoniosa entre si, e todos eles são responsáveis perante a sociedade civil. Para tanto, é preciso haver diálogo” (SILVA, V. 2009, p. 220). Não pode ser o Poder Judiciário o detentor de um poder ilimitado, o que torna extremamente delicada a temática aqui trazida, uma vez que o afastamento das regras jurídicas é realizado cotidianamente sem escrúpulos, muitas vezes de forma imoderada, arbitrária e sem amparo na dinâmica do sistema brasileiro.

Por certo, “limitar o espaço da arbitrariedade é um objetivo partilhado também pelo modelo formal de *rule of law*. O mesmo aconteceria com qualquer concepção mais substancial, preocupada com a democracia, o exercício de liberdades e a justiça social” (NASSER, 2011, p. 65)⁴⁷.

Devem-se evitar sobreposições indevidas e restrições exageradas, “mesmo porque, traduzir o significado do texto constitucional deve ser um resultado da intervenção de muitos

⁴⁷Em entrevista, Manuel Atienza (2007a, p. 198) alerta que “a questão aqui é diferenciar discricionariedade e arbitrariedade, ou seja, fazer com que os juízes se movam dentro de parâmetros de discricionariedade e não arbitrariedade”. O professor Atienza falava em um foco jurisdicional. Porém, nada impede de termos conclusões semelhantes em relação aos legisladores. A “discricionariedade” dá conta do leque de possibilidades do aplicador. Por outro lado, a “arbitrariedade” revela a ultrapassagem do limite imposto. Por essa razão a argumentação jurídica e a motivação racional são importantíssimas no estudo do Direito (ATIENZA, 2007a, p. 198).

atores, e não somente um. É através do diálogo institucional que se abre o caminho para uma efetiva construção do Estado Democrático de Direito” (ELIAS; MAGALHÃES, 2018⁴⁸).

A partir dos pressupostos teóricos, é imprescindível realizar um diálogo entre o Poder Legislativo e Poder Judiciário, contextualizando o que aqui designa como “crises institucionais”. Em que pese tais “crises”, o Direito não para: alterações legislativas são inúmeras, assim como decisões judiciais.

2.2.1 A crise no Poder Legislativo e a “dignidade” da legislação

A crise institucional do Poder Legislativo está evidenciada no Brasil. Quando se fala em políticos, automaticamente associa-se à corrupção. Notadamente os “políticos” são os legisladores, os responsáveis pelas “leis”, o que reforça a crise. Com efeito, o Poder Legislativo está completamente desacreditado. Há muito, Bismark já dizia que “os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis”⁴⁹.

Bobbio (2013, p. 58) ressalta “entre os efeitos deletérios da onipotência da maioria, estão a instabilidade do Poder Legislativo, a conduta frequentemente arbitrária dos funcionários o conformismo das opiniões, a redução do número de homens ilustres na cena política”. Desse modo, é de se questionar uma suposta “tirania da maioria” (BOBBIO, 2013). Mas não é só. Vivemos em uma sociedade em constante transformação. As inovações tecnológicas, os grandes empreendimentos e o desenvolvimento econômico proporcionam inegavelmente constante mudança. A crise se alastra.

Ora, a complexidade da sociedade exige também uma legislação complexa e detalhada. No entanto, o legislador, com o intuito de atender as demandas, produz normas de forma desenfreada, por vezes em curto espaço de tempo (MELO FILHO, 2018⁵⁰). Outras vezes, produz leis já defasadas.

⁴⁸ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁴⁹ Para Jairo Lima (2014), “a desconfiança e o desprestígio que os Parlamentos têm alcançado recentemente podem ser creditados, em parte, à percepção de que as decisões mais importantes sobre a vida das pessoas não são dadas em um fórum institucional público, mas em organismos distantes da participação popular, como as organizações econômicas internacionais”. O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁵⁰ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

Waldron (2003, p. 08) destaca que “todos os dias surge outra exigência de nova legislação para lidar com alguma dificuldade ou reorganizar algum aspecto dos assuntos sociais”. Não bastasse isso, há problemáticas intimamente ligadas à própria atividade legislativa, especialmente no Brasil, país com tradição civilista.

Dessa forma, (1) tudo depende de uma lei; (2) existe lei para tudo; (3) não havendo lei, há imensas dificuldades na aplicação. Embora a existência de regras restritivas facilite – ao menos em tese – a vida em sociedade (porque se sabem os limites), o excesso de leis ou a ausência dessas, trazem dúvidas. Como acentua Francysco Gonçalves (2013, p. 100), “um forte argumento em favor das leis: elas nos proporcionariam estabilidade”. Mas como confiar tudo à lei? E quando essas leis são insuficientes?

Diante desse panorama geral, focam-se as esperanças no Poder Judiciário. Exatamente por essa razão, os trabalhos jurídicos ficam voltados ao momento da aplicação da norma e não no da sua confecção. O estudo da norma “não recebe a mesma atenção, o que tem consequências teóricas, dado que as análises serão sempre parciais e incompletas; e práticas, pelas dificuldades concretas criadas por leis malfeitas, inclusive, no momento de sua aplicação” (MELO FILHO, 2018).

Assim, “o jurista, limitado ao processo de aplicação da norma, ignorou, propositadamente, o processo legislativo, que tampouco foi estudado por outras disciplinas” (MELO FILHO, 2018). Ao contrário: a legislação “é um espaço que precisa ser ocupado também pelo Direito” (CIRNE; JUNQUILHO, 2018⁵¹).

Em outras palavras: deixe o legislador fazendo o que está fazendo, que o Poder Judiciário dará um jeito de consertar. Essa tônica disponibiliza um espaço irrestrito de atuação tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário. Se a sociedade não se preocupa como se efetiva o processo legislativo, é porque acredita que há um poder moderador.

Waldron, na obra intitulada “A Dignidade da Legislação” (2003), não desconhece da má fama da legislação e legislaturas no âmbito da filosofia jurídica e política, todavia salienta que “sequer desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias” (WALDRON, 2003, p. 01).

Logo, não há uma teoria com um tipo ideal de legislador, assim como há o juiz modelo

⁵¹ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

de Ronald Dworkin, “Hercules” (WALDRON, 2003, p. 01). Côttes (2016⁵²) destaca que o objetivo de Waldron é “recuperar a dignidade da legislação e construir as bases para uma teoria normativa da legislação”.

Como se vê, “a dignidade da legislação faz parte de um projeto mais amplo, a preocupação de Waldron de colocar as legislaturas no centro do pensamento jurídico-filosófico, e isso pressupõe uma crítica à Constituição e ao *judicial review*” (GONÇALVES, F. 2013, p. 96). Segundo Waldron (2003, p. 156-157):

Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio do voto e da decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário [...] Contudo, a comparação entre os tribunais e as legislaturas e a questão da revisão judicial não são as únicas razões pelas quais queremos ou precisamos de uma teoria filosófica da legislação. Precisamos dela, entre outras coisas para desenvolver concepções adequadas de autoridade legislativa e interpretação legislativa.

Para o autor, a “concepção de intenção legislativa não nos leva além do texto do projeto de lei ou do estatuto” (WALDRON, 2003, p. 31), porquanto não é um indivíduo natural, mas sim centenas de membros eivados de opiniões e mentalidade diversos (WALDRON, 2003, p. 32). Então Waldron (2003, p. 37) entende que o fato do corpo legislativo ser extenso é clara desvantagem para obter a legislação racional.

Waldron (2003, p. 47) refere que “a contribuição de Kant para a filosofia jurídica é muitas vezes considerada principalmente uma contribuição para o empreendimento normativo de discutir o que a lei deve ser”. A partir dessa compreensão, Waldron (2003, 200-201) buscou demonstrar que é essencial a contribuição de uma assembleia plural para efeitos de proporcionar respeitabilidade da maioria no processo decisório. Isto é, pretendeu refutar a ideia de que o processo seria arbitrário e que os tribunais são melhores que as legislaturas para lidar com matérias de princípios.

⁵² O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

Cláudio Ary Melo (2010, p. 33) salienta que “a reabilitação da legislação na filosofia do direito pertence ao conjunto de teses desenvolvidas por Waldron no contexto de seu ataque geral ao constitucionalismo contemporâneo”.

Verifica-se, pois, que a teoria de Waldron (2003) critica o sistema que incorpora declarações de direitos fundamentais nas constituições, bem como a possibilidade de declaração de invalidade de leis, em especial porque o Direito é político, sendo irrelevante ter respostas certas e válidas. O método justo para criar Direito é com base na maioria.

Para Waldron, “o controle de constitucionalidade das leis pelo poder judiciário é ilegítimo justamente porque o método judicial de decisão das questões polêmicas sobre direitos, moralidade e política está concentrado em juízes irresponsáveis” (MELO, 2010, p. 37).

Melo (2010, p. 157) afirma que Waldron constitui um dos mais ácidos críticos do neoconstitucionalismo, de modo que uma Constituição poderia apenas acolher os princípios da soberania parlamentar e da supremacia da legislação. Nota-se no ponto, aliás, uma íntima relação com a teoria dos princípios formais de Alexy.

Em linha semelhante, Melo (2010) estabelece seu estudo a partir da preocupação teórica do ataque à autoridade legislativa. Segundo o autor (2010, p. 13), “o paradigma do Estado de direito fundado na legislação democrática perdeu espaço para um novo paradigma jurídico e político: o Estado de direito ancorado em princípios e direitos fundamentais”.

Assim, investiga-se a filosofia de Kant para recuperar a dignidade e a autoridade da legislação, porquanto há uma tensão entre democracia e jurisdição, sem que isso importe na eliminação do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (MELO, 2010). Para Melo (2010, p. 153) “pode-se reconhecer que Kant foi realmente um precursor do positivismo jurídico, seja porque ele rompe com a visão tradicional do jusnaturalismo [...] seja porque reduz o direito aplicável *hit et nunc* ao sistema de legislação”.

Portanto, a partir desses pressupostos teóricos, é preciso elevar o grau de importância de decisão legislativa, uma vez que emanada dos representantes eleitos pelo povo. Numa democracia representativa, a decisão do legislador deve ser valorizada e não relativizada. Deve-se impor o que Waldron (2003) designa como “dignidade à legislação”⁵³.

⁵³ A inegável que a expressão, assim como a proposta do autor, tem um viés idealista. Porém, esse fato não afasta a necessidade identificada de valorizar a legislação, em especial pela sua essencialidade.

O chamado “princípio” da democracia representativa⁵⁴ estabelece que a produção do Direito deve ser pelo parlamento (MELO, 2010, p. 162). Conforme Norberto Bobbio (2013, p. 35), a democracia representativa tem origem na convicção de que os eleitos pelo povo teriam condições de verificar quais seriam os interesses do povo⁵⁵.

João Antônio da Silva Filho (2014, p. 149) frisa que “a democracia representativa pressupõe um conjunto de regras primárias e fundamentais que autorizam quem deve tomar as decisões coletivas, bem como os procedimentos que legitimam tais deliberações”. Gavião Filho (2011, p. 314) destaca que a democracia deliberativa nada mais é do que uma tentativa de institucionalização do discurso como forma de tomada da decisão pública. Dessa forma, a argumentação que torna a democracia em deliberativa⁵⁶.

Por essa razão, é essencial estabelecer o que seria o contraponto, o que legitima uma decisão contra majoritária. Nesse ponto, convém pensar a lógica: se estamos em uma democracia representativa, em consequência apenas uma nova “representação” sobrepuja a decisão. Alexy (2009, p. 38-40), ressaltando a relação entre democracia e direitos fundamentais, lança a existência de uma representação argumentativa, desenvolvida por um tribunal constitucional.

A teoria da representação argumentativa visa conciliar um conflito entre a teoria política e a teoria do Direito, com o fim de legitimar democraticamente o controle de constitucionalidade exercido em especial pelos tribunais constitucionais (DETTMAN; MATOS, 2016). Não se está aqui a silenciar a visão alexyana, pelo contrário. Apenas se estabelece um contraponto lógico à questão da representatividade, introduzindo, ainda, o grande valor da argumentação.

Enquanto os parlamentares detêm a representação política do cidadão, os juízes desempenham a representação argumentativa. Assim, a decisão fundamentada em violação a um direito fundamental não é contrária ao povo, mas sim em nome do povo, contra os erros de cálculo dos representantes políticos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 312-313).

⁵⁴ Discorre Bobbio (2013, p. 71) que “não obstante a plena aceitação do princípio democrático e o elogio da democracia representativa como a melhor forma de governo, o ideal da democracia perfeita está bem longe de ser alcançado”.

⁵⁵ A democracia representativa não está imune a críticas. Atienza revela que as críticas “são antigas e, certamente, obedecem, em parte a motivos reais. O problema é que não é nada óbvio o que poderia ser uma alternativa à Democracia Representativa (e ao estado moderno)” (ATIENZA, 2007b, p. 138).

⁵⁶ Há outras formas de “democracia” que, por opção metodológica, não serão abordadas detidamente.

Seja como for, estabelecido um processo legislativo racional, não há como deixar de negar a discricionariedade do legislador⁵⁷. Definir, contudo, “qual é o espaço de discricionariedade de que dispõe o legislador para restringir os direitos fundamentais sem que isso possa ser controlado pela jurisdição” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018⁵⁸) é uma das mais importantes indagações que se tem feito atualmente no ordenamento brasileiro.

Segundo Anizio Gavião Filho (2011, p. 301).

A dogmática do espaço (*dogmatische Spiedraum*) ou teoria da discricção (*theory of discretion*) é central para a legitimidade da jurisdição na ponderação de direitos fundamentais. Ela é decisiva porque fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao propor, entre uma sobreconstitucionalização e uma subconstitucionalização, a constitucionalização adequada. Com a dogmática dos espaços, os princípios formais e, assim, a dimensão formal dos direitos fundamentais entram em cena no jogo de princípios guiados pelas leis da ponderação. O grande mérito da dogmática dos espaços está em responder corretamente tanto ao não cognitivismo como ao cognitivismo extremo.

A Constituição, como “ordenação-quadro” proíbe algo; ordena algo e libera algo (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 302). Por outro lado, a Constituição como “ordem fundamental qualitativa”, decide apenas sobre as decisões fundamentais da sociedade. A dogmática dos espaços visa determinar o equilíbrio entre tais tipos de Constituição, estruturando o espaço do legislador (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 302).

Nesse ínterim, há o espaço estrutural e o espaço epistêmico (subdividido em empírico e normativo). Em apertada síntese (ALEXY, 2014b, p. 519), a primeira determina que o legislador está apto a legislar sobre tudo que as normas constitucionais não proíbem nem ordenam definitivamente. Se a Constituição deixou o legislador “livre”, poderá legislar.

O legislador está “livre” tanto para selecionar a finalidade, quanto para determinar a escolha. Assim, há três espaços estruturais: quanto à determinação da finalidade⁵⁹; quanto à escolha média⁶⁰; quanto à ponderação⁶¹ (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 302).

⁵⁷ Sobre o tema (“dogmática dos espaços” e “princípios formais”), Anizio Gavião Filho (2011, p. 302-318), Alexy (2015b, p. 612-628) e Alexy (2007).

⁵⁸ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁵⁹ Anizio Gavião Filho (2011, p. 303) discorre que “o único limite dado contra a liberdade do legislador é para as medidas que, de nenhum modo, contribuem para a realização do fim”.

⁶⁰ O espaço de escolha médio permite a escolha em proibições de restrições e em ações positivas relacionadas aos direitos fundamentais, determinando que “quando medidas são igualmente idôneas para alcançar uma finalidade, o legislador pode livremente escolher o meio” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 303).

⁶¹ No espaço da ponderação (próximo capítulo), se verifica a intensidade da intervenção. Havendo “empate” na análise da ponderação, estará aí o espaço de ação livre.

A dificuldade, porém, é determinar o que está proibido ou livre. Surge, pois, a discricionariedade epistêmica. Sempre que não for possível determinar o que é livre ou proibido pelas normas constitucionais, há discricionariedade.

O espaço epistêmico pode ser empírico, quando se “permite intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 306); ou normativo, quando “trata diretamente do conteúdo material da Constituição e está relacionado ao peso dos direitos fundamentais em colisão”, residindo a incerteza “na intensidade da intervenção sobre um direito fundamental ou sobre quanto efetivamente pesa a intervenção no direito fundamental ou bem coletivo” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 310).

A partir dessa dogmática, nos espaços livres, o legislador poderá “tomar as decisões políticas de oportunidade que lhe aprouver, estabelecendo restrições, limites, harmonizações e ponderações dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 312).

Como se vê, a dogmática dos espaços visa estabelecer o espectro discricionário do legislador, no que tange aos direitos fundamentais. Novais (2012, p. 18) ressalta que “um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria que governa”. Ou seja, “os direitos fundamentais devem ser entendidos como triunfos e, assim, configuram limites à atuação do legislador, cumprindo à função jurisdicional a sua defesa em face à vontade geral expressada pelo legislador” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 301).

A limitação do legislador está também em restrições excessivas aos direitos fundamentais. Determinar o excesso (ou o núcleo “duro”), entretanto, é a maior dificuldade ao aplicador. Na prática, em que pese a teorização dos direitos fundamentais, não se tem limites definidos, mas tão somente as competências constitucionais legislativas. Diga-se: o Brasil tem três esferas de Executivo e Legislativo (Federal, Estadual e Municipal), o que torna ainda mais complexo o tema.

No entanto, atualmente se legisla sobre tudo sem pudor, sem racionalidade, por interesses. Mesmo que isso importe na “decisão da maioria” e de diversos indivíduos, na política, o jogo do “poder” é forte. De todo modo, focar a legislação significa enfrentar o problema em sua origem. Se é exigível ao aplicador do Direito racionalidade e argumentos em suas decisões, parece evidente a necessidade também de verificar esse procedimento no momento em que a norma é confeccionada.

2.2.2 A crise do Poder Judiciário a o complexo espectro de atuação

Muito embora tenha se afirmado que as “esperanças” estão no Poder Judiciário, não há como negar também período de crise institucional. Faria (2005, p. 15) discorre que “o Judiciário brasileiro é hoje visto e tratado como o mais anacrônico dos Poderes da República”, pois moroso e inepto.

Na verdade, tudo é uma questão de causa e efeito. De início se tem uma crise institucionalizada no Poder Legislativo. Não é necessária a realização de uma pesquisa empírica para definir que a sociedade não confia nos seus representantes democráticos, diretos responsáveis pela confecção das leis. Diga-se: não se pretende aqui explorar o Poder Executivo, uma vez que a análise está focada na norma (confecção e aplicação)⁶².

Com a crise institucional, a desconfiança nas leis e com a “constitucionalização” do Direito a partir de 1988, aumentam substancialmente as demandas judiciais⁶³. E a magistratura não pode deixar de julgar os casos que estão sob sua jurisdição (FARIA, 2005, p. 22). Nesse ínterim, há fenômenos da judicialização da economia e da política, até mesmo porque não há mecanismos de filtragem (FARIA, 2005, p. 21).

Os números são alarmantes: em 2017, ingressaram no STF 103.650 novos processos (STF, 2018). Lembra-se: são apenas 11 ministros para julgar uma quantidade enorme de demandas. Em simples cálculo aritmético, cada Ministro tem de julgar mais de 09 mil processos. Isso se está falando apenas da corte constitucional (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017⁶⁴).

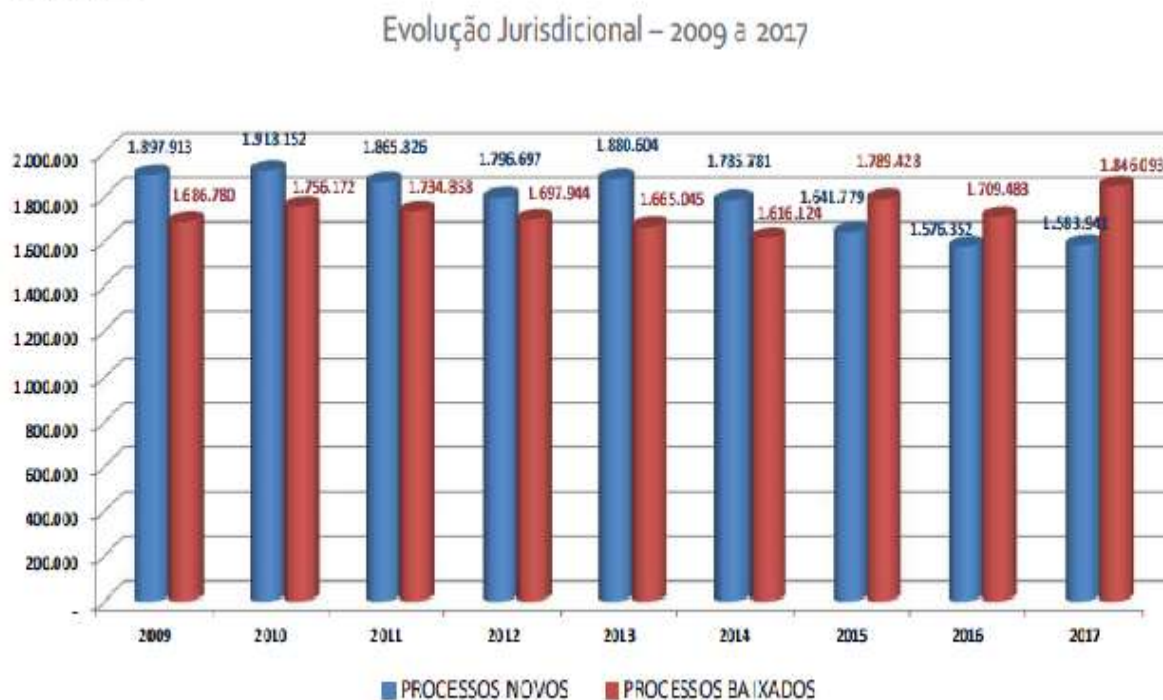
⁶² Não se desconhece a competência “legislativa” do Executivo. Porém, não é esse o principal foco do trabalho.

⁶³ Segundo Cambi, Haas e Schmitz (2017): “as causas do referido abarrotamento de demandas são as mais variadas possíveis, havendo razões de ordem social, cultural e econômica. Assim, é possível apontar como propulsores desse fenômeno o excesso de litigiosidade, presente na vida dinâmica da sociedade, a globalização, a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, o surgimento de novos direitos, a falência de determinados institutos jurídicos e o nascimento de outros. A redemocratização do Estado brasileiro nas últimas décadas, a universalização do acesso à justiça, a inflação legislativa, a consolidação de outros métodos de interpretação, superando o positivismo jurídico e trazendo força normativa aos princípios jurídicos, com novas formas de controle da constitucionalidade e ampliação da efetividade dos direitos fundamentais, são também fatores que contribuíram para o crescimento da litigiosidade. O problema se agrava quando o volume excessivo de processos novos ultrapassa a capacidade de o Poder Judiciário dar uma resposta adequada a essas demandas, o que provoca, conseqüentemente, a morosidade da prestação jurisdicional, pondo em risco a confiança depositada pelos jurisdicionados no Poder Judiciário e, ao prolongar os dramas contidos nos processos, desapontando os litigantes”.

⁶⁴ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

Nos tribunais, o número é ainda mais assombroso. Consoante informação do TJ/RS (RELATÓRIO, 2018), há pelo menos 1.500.000 processos novos por ano. Esses dados estão relacionados apenas ao estado do Rio Grande do Sul. Considerando que o estado tem cerca de onze milhões de habitantes, significa dizer que a cada cinco habitantes, um tem processo judicial. Para elucidar, segue gráfico acerca da evolução jurisdicional no estado:

Gráfico 1:



Fonte: relatórios estatísticos do TJ/RS (RELATÓRIO, 2018).

Como se vê, apenas nos últimos três anos houve um *superávit* de processos (mais baixados do que novos). Porém, a herança é de um profundo *déficit*. O Poder Judiciário, assim, está em uma indigesta corrida contra o tempo.

Ocorre, todavia, que, com a judicialização e a intensificação do contencioso no Brasil, acaba ocorrendo o que Eduardo Cambi (2001⁶⁵) chama de “jurisprudência lotérica”, caracterizada pela existência de decisões judiciais distintas para questões jurídicas semelhantes. Conforme o autor, “quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

⁶⁵ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

A consequência dessa massiva atuação do Poder Judiciário é a implementação de mecanismos que atribuam força vinculante às decisões. Com a edição do novo CPC é possível perceber uma tentativa de superar a “cultura do código”.

Pode-se dizer que “uma das características mais marcantes das recentes reformas implementadas no novo Código de Processo Civil foi a ampliação da força da jurisprudência para o deslinde das demandas” (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2017⁶⁶). O CPC “estrutura um novo modelo dogmático (constitucionalizado) para o direito jurisprudencial no Brasil, promovendo o uso adequado dos precedentes judiciais” (NUNES, PEDRON; HORTA, 2017⁶⁷). Traz, pois, diversos mecanismos jurisprudenciais⁶⁸.

Todavia, o Brasil ainda tem a cultura civilista enraizada, o que torna sensível a temática. Com efeito, “a confusão do termo jurisprudência com o termo precedente existe exatamente porque inexistiu estudo aprofundamento das raízes do common law: a tradição brasileira faz os aplicadores suscitarem apenas vagas ementas” (BARBOSA; ANDREASSA JÚNIOR, 2017).

Nessa senda, não raramente há a aplicação robotizada de ementas para casos que mereciam uma melhor apreciação do Poder Judiciário. Além disso, fixa-se uma “tese jurídica”, o que enseja a aplicação em desconsideração à *ratio decidendi* (elemento essencial da *common law*).

A aplicação robotizada de ementas não é exclusividade dos recursos que visam uniformizar a jurisprudência: a cópia das “ementas” tornou-se, ao longo dos anos, um argumento jurídico “forte” para as decisões. Esse é um problema grave do Poder Judiciário, porquanto a intensificação do contencioso não possibilita uma melhor resposta ao jurisdicionado: a própria qualidade da decisão é prejudicada pelo volume de processos.

Cappelletti (1999, p. 119) há muito alertava: “mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência daqueles tribunais”.

⁶⁶ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁶⁷ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁶⁸ A nova legislação processual civil, além de aprimorar institutos existentes, criou novas técnicas que buscam a tão almejada “segurança jurídica”: o “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR), previsto nos artigos 976 a 987, e o “Incidente de Assunção de Competência” (IAC), insculpido no artigo 947. Em suma: o novo CPC buscou trazer elementos e institutos que visam uniformizar a jurisprudência, trazendo, ainda, eficácia vinculante a certos provimentos, tais como o IRDR e os recursos repetitivos.

Mesmo com a mecanização do Poder Judiciário, surgem demandas das mais variadas espécies, que levam ao julgador, por vezes, ter uma postura mais ativa, típica em países do *common law*. Porém, “a função de criação do Direito, assumida pelos juízes e estimulada pela inserção de leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados suscita o problema, de difícil solução, da legitimação democrática” (COUTO E SILVA, 2015, p. 28).

Tendo em vista esse panorama, torna-se importante definir o espectro de atuação do Poder Judiciário⁶⁹. Nesse ponto pretende-se expor entendimento próprio acerca das possibilidades e problemáticas enfrentadas diariamente no âmbito da jurisdição. Por essa razão o trabalho perpassa pelas mais variadas teorias e temáticas⁷⁰.

Streck (2011, p. 49) entende que a compreensão do papel da jurisdição constitucional tem sido entendida de forma inadequada. Isso porque, como frisa o autor, há supostamente dois tipos de julgadores: os que apegam à letra fria da lei e os que julgam com base em princípios (no sentido de “valores” da sociedade).

Surgem diversos questionamentos, apontados de forma pertinente por Streck (2011, p. 49): “cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios?”.

Inicialmente, deve-se partir do pressuposto de que “a norma legal criada pelo legislador, independentemente da sua qualidade, deverá ser interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário, âmbito de produção da decisão judicial” (MELO FILHO, 2018). Streck (2011, p. 49) salienta que “por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever”.

Pela interpretação jurídica, o intérprete atribui significado ao texto jurídico normativo (GAVIÃO FILHO, 2015a, p. 118). Todavia, esse fato não implica em um cheque em branco ao intérprete, que ficaria autorizado a livre para atribuir ao texto jurídico normativo o significado que bem entender, baseado na subjetividade e inclinação moral, cultural, política, em seus preconceitos.

⁶⁹ Não se pretende aqui esgotar o tema. A proposta do presente tópico é tão somente problematizar e questionar o ordenamento a partir de pressupostos teóricos e práticos, que serão retomados posteriormente, em especial no terceiro capítulo.

⁷⁰ Por vezes, as teorias expostas não dialogam entre si. Com efeito, não se desconhece que Hart e Kelsen, por exemplo, possuem visões particulares e completamente dissociadas sobre o Direito. A proposta do presente subcapítulo é trazer uma ideia própria das possibilidades da jurisdição a partir de ideias esparsas de autores, coadunadas entre si por um fio condutor divergente da obra original e integral. Tal releitura é importante para a abordagem do capítulo final.

Eros Grau (2016, p. 86-87) assevera que a interpretação não pode ser efetivada em “tiras”. O autor entende que a interpretação de qualquer texto deve ser sistemática e em observância à CF. Ou seja, a “interpretação sistemática pode ser manejada de modo diferente, segundo o que se tenha em conta seja o lugar da lei em que se insere o preceito ou a sua conexão material” (HESSE, 2009, p. 106).

Mais além: “se o intérprete não é livre para atribuir ao texto jurídico o significado ou a unidade de sentido que bem lhe aprouver, o significado ou a unidade de sentido que lhe bem aprouver” (GAVIÃO FILHO, 2015a, p. 119), significa dizer que interpretação e argumentação estão conectadas.

Igualmente, é necessário atentar à textura aberta do Direito. Nas palavras de Hart (2011, p. 148), “a textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias”.

Partindo da ideia de textura aberta trazida em Hart, importa verificar os efeitos no âmbito prático, situando ao contexto brasileiro. O ordenamento é composto de regras e princípios⁷¹. O simples fato de se ter “princípios” torna essa textura “aberta”, até mesmo em decorrência da valorização desses nos últimos anos. No entanto, há também regras vagas, ambíguas e relativamente abertas. Anizio Gavião Filho (2015a, p. 126) afirma que:

A indeterminação normativa não é característica exclusiva dos princípios, mas das normas jurídicas. Os textos jurídicos normativos constitucionais e infraconstitucionais são escritos em linguagem natural e não em linguagem simbólica. Somente a última se acha higienizada das imperfeições e confusões criadas pela linguagem natural. A indeterminação normativa decorrente da abertura, da ambiguidade, da vagueza e da abertura valorativa é própria dos textos dados em linguagem natural corrente. Não são poucas as disposições jurídicas infraconstitucionais que apresentam expressões vagas, ambíguas, semântica e valorativamente abertas, mas autorizam formar apenas regras e não princípios. É dizer: são regras que apresentam a mesma indeterminação normativa dos princípios. Com isso, então, regras e princípios são interpretados, mas apenas os últimos são aplicados mediante ponderação.

Há, por um lado, a questão da abertura semântica, linguística⁷²; por outro, a textura em decorrência da impossibilidade do legislador prever todas as circunstâncias do mundo fático⁷³.

⁷¹ No segundo capítulo será abordada a dicotomia entre “regras” e “princípios”. Para a compreensão do primeiro capítulo, regras são normas que revelam mandamentos definitivos, com menor grau de abstração; princípio são comandos a serem otimizados, normas mais abstratas. Vide ALEXY, 2015b.

⁷² Hart (2011, p. 140) salienta que “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que

A textura aberta se dá tanto em decorrência da forma de redação da regra (o que dá ensejo a interpretações) e dos princípios, quanto em decorrência de casos não legislados previamente (não há como ter regra para tudo).

Schauer (2010⁷⁴) salienta que a imprecisão é intrínseca à lei: os legisladores não são oniscientes, não tendo condições de prever com segurança o que o futuro trará. Assim, muitas situações não têm como ser antecipadas, mesmo que tivéssemos os “melhores” legisladores.

A textura aberta conduz, pois, à conduta mais ativa do Poder Judiciário, porquanto, independentemente da existência da regra, surgem novas demandas judiciais. Nesse panorama, há o fenômeno do ativismo judicial, o qual é resultado da omissão do Poder Legislativo e do Executivo, o que exige uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais (NELSON; MEDEIROS, 2015⁷⁵).

Segundo Barroso, o ativismo judicial pressupõe uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2008). Com isso, o fenômeno do ativismo dar-se-ia basicamente em três situações: (a) aplicação direta da Constituição, mesmo sem expressa menção no seu texto e sem regra específica; (b) declaração de inconstitucionalidade, fundamentada em critérios menos rígidos; e (c) determinação de procedimentos ou de abstenção de procedimentos ao poder público, especialmente nas políticas públicas (BARROSO, 2008).

Para Melo (2010, p. 168), contudo, “o problema surge quando o exercício da jurisdição constitucional ultrapassa o limite da interpretação dos textos constitucionais e legais e passa a exigir juízos sobre a justiça, a moralidade ou a conveniência política de leis promulgadas pelo poder legislativo”. A questão está na definição dos limites do Poder Judiciário. A conduta judicial não pode desviar-se para a arbitrariedade, resultando numa prática de ativismo “negativo”. Como sustenta Humberto Ávila (2009a), faz-se indispensável a utilização de critérios aplicativos.

possa ser arbitrária ou irracional”. O direito é inevitavelmente incerto porque a linguagem também o é (SCHAUER, 2010).

⁷³Hart (2011, p. 141) sedimenta que “este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”.

⁷⁴ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

⁷⁵ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

Pode-se dizer, ainda, que a regra, mesmo sendo clara e coerente, pode ser aplicada ou não, dependendo das circunstâncias do caso. A aplicação da regra geral, por vezes, pode gerar um resultado extremamente injusto. Ainda, podem haver casos particulares não previsíveis ao legislador que podem excepcionar a regra. A partir dessas temáticas, surge também a questão da derrotabilidade das regras⁷⁶.

De qualquer sorte, imprescindível partir de uma ideia mais simples. A atuação dos juízes se dá, destarte, no campo de aplicação da norma e na apreciação do conjunto de provas para depois aplicar (ou não) a regra.

O julgador deve avaliar as circunstâncias fáticas e probatórias apresentadas e decidir qual a regra será aplicada ao caso. Entretanto, a atuação do Poder Judiciário não é simples como parece na teoria da aplicação da regra (“por mera subsunção”). Sob o mesmo acervo probatório, é possível dois julgamentos, o que sedimenta a perspectiva de que o fato de existir uma regra não torna fácil o trabalho do julgador⁷⁷. Além disso, como já destacado, a própria regra pode ser objeto de interpretação. Há, outrossim, casos que a regra possui uma abertura semântica⁷⁸.

No entanto, há a possibilidade de conflito de regras que não é superado pela exclusão de uma ao ordenamento. Não raras vezes, se depara o julgador com situações de difícil solução, mormente há duas regras perfeitamente válidas⁷⁹.

⁷⁶Os conceitos jurídicos são essencialmente derrotáveis ou excepcionáveis. A temática da derrotabilidade surgiu em Hart (1948-1949) e teoriza a possibilidade de estabelecer exceções judiciais às regras (exceções implícitas), notadamente em relação a hipóteses não previstas pelo legislador. O vasto tema (conceito, aspectos, abrangência, possibilidades) é apenas um exemplo da complexidade e riqueza do ordenamento. Quanto ao tópico, vide Schauer (2010) e Hart (2011).

⁷⁷ Suponhamos a seguinte situação. Uma senhora, com elevada idade, decide testar todos os seus bens para o vigia da rua, que lhe cuidava. Os parentes dessa não viviam na cidade e não davam assistência à senhora. Essa não tinha herdeiros necessários (podendo dispor de toda a herança). Logo após o testamento, efetivou-se ação de interdição. Um ano depois, sobreveio laudo afirmando que a senhora era incapaz, porém não havia como precisar a data do início da incapacidade. No curso do processo, falece a senhora e é ajuizada ação de anulação de testamento, sob o fundamento do artigo 1.860 do CC: “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”. A defesa alega que à época do testamento a senhora tinha discernimento e que aplicável ao caso o disposto no artigo 1.861 do CC (“A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”) cumulado com o artigo 3º da Lei 8.935/94 (“Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”). Em ambos os processos (interdição e anulatória) foram acostadas provas. O juiz, com base nas provas e fatos, irá avaliar qual regra é aplicável, assim como a extensão de cada regra ao caso. A regra fornece parâmetros que devem ser observados. A tarefa de enquadrar a subsunção, todavia, cabe ao julgador.

⁷⁸ Nesse sentido, pode-se exemplificar com o artigo 373, §1º, do CPC. A norma define “diante das peculiaridades da causa” ou “excessiva dificuldade de cumprir o encargo”. Essas expressões são abertas à interpretação e dependem da situação do caso. Como se vê, a regra possui termos vagos e imprecisos, que dependem necessariamente da avaliação e interpretação.

⁷⁹ Um exemplo nesse sentido está na CF. Segundo o artigo 178: “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos

A questão fica mais sensível quando tentamos definir o limite da interpretação. Nesse ponto, para Kelsen (1999), é imprescindível determinar o núcleo essencial da regra, a sua moldura. Com efeito, “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita” (KELSEN, 1999, p. 171).

Significa dizer que toda regra tem uma moldura que permite a interpretação. A quebra da moldura importa no afastamento da regra. A moldura somente é quebrada quando se afeta o seu núcleo essencial, de modo que seja inviável subsistir a regra com o novo meio⁸⁰. Conforme Kelsen (1999, p. 247):

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Kelsen (1999, 245-251) entende que dentro da moldura há a discricionariedade do aplicador do Direito, o qual dispõe de diversas possibilidades interpretativas. Com isso, verificar a moldura e o respectivo núcleo dessa torna-se imprescindível para a avaliação dos casos e dos efeitos da decisão. Isso porque há hipóteses em que a moldura é quebrada, a regra é afastada. Nesse campo entra o juízo de legalidade e de constitucionalidade do julgador.

firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Esse artigo fundamenta a aplicação da Convenção de Varsóvia. O artigo 5º, inciso XXXII, da CF, ressalta que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E a defesa é promovida pela Lei 8.078/90, mais conhecido como Código de Defesa do Consumidor (CDC). As duas normas (gênero) constitucionais são regras (espécie), pois possuem conteúdo definitivo. As normas infraconstitucionais, porém, expressam conteúdos divergentes no que tange o transporte aéreo internacional. Daí surgem diversas interpretações. Por um lado, o STF no âmbito do RE 636.331 (BRASIL, 2017), decidiu que não haveria como aplicar o CDC no transporte aéreo, porquanto a norma constitucional delega à lei a questão referente à “ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre”. Por outro, grande parte da doutrina afirma que a Convenção de Varsóvia não foi recepcionada pela CF em certas matérias, em especial à limitação de responsabilidade civil por acidentes, uma vez que contrários à ordem pública (BENJAMIN, 2015, p. 10). Ainda, há quem defenda “que a solução contemporânea desses conflitos jaz no diálogo entre as fontes normativas que tratam do contrato de transporte aéreo internacional, que deve ser temperada norma a norma, e não lei a lei, como tradicionalmente tem sido feito” (ROLAND, 2015, p. 17). Observa-se que as duas normas constitucionais conduzem a existência de normas infraconstitucionais válidas. Caberá ao intérprete verificar qual é aplicável, fundamentando a sua escolha com argumentos sustentáveis, coerentes com o sistema e com a Constituição.

⁸⁰ A ideia de “núcleo essencial” está interligada com a “moldura” kelseniana, contudo não é objeto de análise, nessa perspectiva, pelo autor alemão.

Para Grau (2016, p. 117), “juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto”. Aqui não se utilizará essa definição, mas sim o afastamento da regra em detrimento de outra. É dizer: não se afasta a norma porque ela é inconstitucional, mas sim porque outra regra é aplicável, implicando seu afastamento do ordenamento.

Nessa linha, pode-se destacar também a lei de introdução às normas brasileiras, segundo a qual a lei posterior revoga à posterior. Além disso, não se pode olvidar o que diz o antigo brocardo latino: *lex specialis derogat generali* (lei especial derroga lei geral). Não se limita o juízo de legalidade a tais hipóteses: por vezes, é inviável a coexistência de normas infraconstitucionais incompatíveis⁸¹.

Posteriormente, parte-se para a possibilidade do controle de constitucionalidade. Como afirma Barroso (2009b, p. 46), o “controle judicial no Brasil, no que diz respeito ao órgão que o exerce, poderá ser difuso ou concentrado e, no tocante ao modo em que suscitada a questão constitucional, poderá se dar por via incidental ou principal”.

A lógica do controle está na própria essência da hierarquia das normas. Ora, se a Constituição é superior às demais normas, não há como admitir a aplicação de uma lei incompatível com essa (BARROSO, 2009b, p. 16).

Por essa natureza lógica, o controle concentrado está enraizado na tradição germânica. Com efeito, “o método concentrado de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, que é assim chamado porquanto o controle fica concentrado num só órgão” (COELHO, 1994, p. 98). Entra em jogo, pois, a corte constitucional (STF)⁸².

⁸¹ Vejamos um exemplo. No artigo 182 da CF fica assim assentado: “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Ditas diretrizes por expressa delegação constitucional foram fixadas somente em 2001, com o advento do chamado Estatuto da Cidade (lei 10.257/01). De fato, “o Estatuto da Cidade adota diretrizes norteadoras da política urbana em direção a uma efetiva reforma urbana que garanta a função social da propriedade e o direito à cidade para todos os habitantes” (ALFONSIN, 2016, p. 277). Entretanto, cabe acentuar que na parte inicial do artigo 182, da CF, fica delineado que a política de desenvolvimento urbano deverá ser executada pelo Poder Público municipal. Bem por isso, no parágrafo 1º do mesmo artigo destaca o constituinte que “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. O Estatuto da Cidade, como diretriz geral, traz a gestão democrática (participação popular para os planos diretores) como “princípio”. Contudo, posteriormente, no artigo 40, §4º e 43 do Estatuto da Cidade, sedimenta os instrumentos para a concretização dessa gestão, dando viés de “regra”. Diversas cidades implementam planos diretores (lei municipal) sem a devida participação popular. Como se vê, por mais que seja uma regra benéfica ao Município, um requisito formal, previsto em lei não foi cumprido. Por essa razão, por um juízo de legalidade, a regra deve ser afastada do ordenamento. Nesse ponto, reside também o espaço de atuação do Judiciário.

⁸² No ponto, há a inserção, ainda, de um debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen ligado à jurisdição constitucional. Por um lado, Kelsen “foi o principal defensor de um tribunal constitucional como guardião da

Na CF estão prevista as seguintes espécies de controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF: (a) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, CF); (b) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF); (c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF); (d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF); (e) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF).

Já o controle difuso está intimamente ligado à tradição da *common law*), já que “permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte” (BARROSO, 2009b, p. 47).

A compreensão do controle de constitucionalidade é de extrema importância para o ordenamento brasileiro, notadamente porque há a exclusão da regra em decorrência da incompatibilidade com a Constituição. Há, em resumo, a inconstitucionalidade formal (violação a requisitos legais da Constituição) e a inconstitucionalidade material (violações relativas ao conteúdo).

Contudo, a atividade jurisdicional definitivamente não é simples. Como já ressaltado, atualmente há o alargamento da hermenêutica jurídica, especialmente no que diz respeito ao Direito Constitucional. De fato, “para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental porque, pelo caráter amplo e aberto da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que noutros setores do ordenamento em que as normas são detalhadas” (HESSE, 2009, p. 102-103). Porém, por vezes, confunde-se a “interpretação constitucional” (ou suas ramificações) com o afastamento de regras a partir da Constituição (controle de constitucionalidade)⁸³.

Constituição”; por outro, Schmitt “defendia que esse guardião deveria ser o presidente da República” (SILVA, V. 2009, p. 205). Embora o debate seja “mais simbólico do que real” (SILVA, V. 2009, p. 205), em decorrência do significado que cada autor atribuía à Constituição, não há como deixar de reconhecer a atualidade da temática. Conforme Kelsen, “para tornar possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele – seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função” (KELSEN, 2003, p. 241). Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 206) destaca: “mas, embora relativizada, a querela entre Schmitt e Kelsen toca ainda assim em um ponto nevrálgico da questão, que ainda permanece atual: quem deve ser o guardião da Constituição? Ainda que possamos pensar que, no Brasil, em virtude de previsão expressa da Constituição, essa é uma questão superada e que o guardião da Constituição é o Poder Judiciário, especialmente na figura do STF, essa seria uma visão apenas parcial do problema. A própria discussão sobre modelos de controle reinsere a questão na pauta de debates constitucionais”.

⁸³ É preciso, porém, esclarecer que “as pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos diferem” (DWORKIN, 2014, p. 64-65). Nesse âmbito, é de se destacar a dita interpretação conforme à Constituição (ou constitucional). Consoante Heck (1998, p. 177), a interpretação conforme à Constituição “não só existe quando a lei admite uma interpretação sem a atração dos pontos de vista constitucionais, como, também, pode ser estabelecido por meio de determinação de um conteúdo

Essa temática “pode ser um catalisador de diversos temas centrais não só do direito constitucional contemporâneo”, mas também da “interpretação constitucional, a separação de poderes, a democracia, a organização do Poder Judiciário, os direitos fundamentais e o federalismo”, ciência política e filosofia (SILVA, V. 2009, p. 198).

De todo modo, verifica-se que o espectro de atuação do Poder Judiciário é imenso. As regras jurídicas, porém, limitam a atuação, sendo balizadoras. Isto é, os fenômenos jurídicos (e as consequências jurídicas) ocorrem a partir da existência ou não da regra e da aplicabilidade (ou não) dessa para o caso concreto, bem como da aferição da moldura e do núcleo. Por essa razão, também, necessário distinguir as espécies normativas.

A questão acerca do afastamento das regras e do espaço de discricionariedade dos poderes constituídos, outrossim, ganha uma vital importância para a manutenção de um Estado de Direito que preza pela separação dos poderes e pela segurança jurídica.

A partir disso, conclui-se que: (a) o Estado de Direito pressupõe quatro elementos essenciais (conjunto de normas de Direito, segurança jurídica, democracia e direitos fundamentais); (b) a principal fonte para concretizar o Estado de Direito é a lei escrita (tradição civilista); (c) atualmente há aproximação entre *civil law* e *common law*; (d) independe do fenômeno jurídico observado (positivismo(s) ou (neo)constitucionalismo(s)), o diálogo entre os poderes é complexo e intrínseco ao Estado de Direito; (e) o Poder Legislativo está em crise e desacreditado pelos cidadãos; (f) é necessário racionalizar o processo legislativo; (g) o Poder Judiciário está em crise, em razão de inúmeros fatores, tais como o abarrotamento de demandas e um ativismo exacerbado; (h) a atuação do Poder Judiciário é extremamente abrangente e isso pode significar abalo à separação de poderes.

A proporcionalidade está inserida nesse contexto, porque estabelece um raciocínio lógico-jurídico para solução de casos. A utilização do instituto cada vez mais aparece em decisões judiciais, nos mais variados contextos, gerando consequências jurídicas diversas.

Por essa razão – tendo em vista a complexidade do diálogo entre os poderes – é imprescindível analisar, no capítulo posterior, a proporcionalidade e seus elementos teóricos.

ambíguo ou indeterminado da lei por via de conteúdos constitucionais”. Para o STF, “interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição” (BRASIL, 2004a). Segundo Hesse, a “interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada” (HESSE, 1998, p. 61), conferindo, ainda, caráter criador à atividade interpretativa sem que isso desvincule da norma. A interpretação visa, assim, chegar ao resultado constitucionalmente “correto” por meio de procedimento racional e controlável, para, ao fim e ao cabo, criar previsibilidade jurídica (HESSE, 2009, p. 103), em especial porque a interpretação encontra seus limites na Constituição (HESSE, 2009, p. 116-117).

Posteriormente, a análise deve se dar no plano prático. O olhar, porém, deve atentar aos elementos do Estado de Direito, sem deixar esbordar as margens discricionárias dos poderes. Portanto, a verificação do “particular” (proporcionalidade) somente é possível quando se tem conhecimento suficiente acerca do “geral” (bases do ordenamento e suas complexidades).

3 O ORDENAMENTO SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE

A partir das problemáticas trazidas no capítulo anterior, surgem diversas teorias buscando solucionar e racionalizar a aplicação do direito. Por certo, o afastamento das regras e a solução criativa do Poder Judiciário, por exemplo, são dois pontos que, em tese, podem abalar as estruturas da separação de poderes e que trazem a necessidade de um diálogo entre os poderes.

Desse ponto de partida é preciso distinguir as espécies normativas: regras e princípios. Essa diferenciação é essencial para o estudo e ressaltará a especial importância das regras. Tomando por base tais conceitos, busca-se explorar a proporcionalidade, a qual vem tendo cada vez mais papel nos tribunais brasileiros. O presente capítulo é, em essência, expositivo.

3.1 ENTRE DOIS EXTREMOS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios, “constitui elemento fundamental”, o “ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais” e “coluna-mestra do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85-86).

A existência de regras e princípios permite-nos sistematizar a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2003, p. 1162). E confunde-se quem pensa que os princípios são exclusividade da CF e as regras incorporam apenas o sistema infraconstitucional. Há princípios infraconstitucionais, assim como regras constitucionais.

Isso se dá até mesmo porque um modelo puro de regras fracassaria. Se houvesse tão somente regras em um ordenamento, o juiz estaria, em um primeiro momento, vinculado de forma absoluta. Por outro lado, se não existisse regra aplicável ao caso, o juiz estaria livre para se valer de critérios extrajurídicos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29). Tal fato geraria um grau de incerteza absoluto, especialmente quando se tem como pressuposto a impossibilidade de prever todas as situações do mundo fático.

O modelo puro de princípios, por sua vez, é rejeitado porque, da mesma forma, seria insustentável um ordenamento apenas com normas com maior grau de abstração. Seria

reservado um poder praticamente discricionário ao aplicador do Direito, abrindo precedentes para um subjetivismo exacerbado. Além disso, é imperativo para certas situações a previsão de normas (regras) mais determináveis.

Segundo Alexy (2008, p. 135), “quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras”.

Com efeito, “a compreensão de que o sistema de normas jurídicas é um modelo de princípios e de regras é o ponto de partida para a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios, que ordenam que algo seja alcançado na melhor medida do possível, cumpridos” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29). Por essa razão, será exposta a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy.

3.1.1 Distinção conceitual

De início, cumpre observar que “princípios e regras são, na perspectiva ora enfocada, espécies do gênero norma” (BUSTAMANTE, 2006, p. 80). Ou seja, uma das propostas do capítulo é promover “uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos” (SILVA, V. 2003, p. 617). Conforme Humberto Ávila (2009b, p. 65):

A distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa a antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, aliviar, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito.

No entanto, estabelecer essa dicotomia não é tão simples como parece. Trata-se de tarefa complexa, porquanto são vários os autores que abordam o tema, propondo critérios e classificações próprias⁸⁴. Inviável seria tratar todas as teorias e classificações, especialmente

⁸⁴ Quanto às classificações, Canotilho (2003, p. 1038 e seguintes) fala de princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Por outro lado, José Afonso da Silva (2005, p. 97 e seguintes) ressalta a existência de princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais. Já Ana Paula Barcellos salienta que “há princípios-fim, como é o caso da dignidade da pessoa humana; há outros que dispõem de conteúdo material

porque não é esse o propósito central do presente trabalho. Seja como for, é importante trazer alguns aspectos para problematizar e demonstrar o posicionamento de Roberto Alexy (2008) substancialmente.

Para Canotilho (2003, p. 1160-1161) são diversos o grau de abstração (princípios possuem maior abstração); o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (as regras são mais específicas em sua aplicação); o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito dos princípios; a proximidade da ideia de direito (princípios seriam “standards” juridicamente vinculantes); bem como a natureza normogênica dos princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a razão de ser das regras jurídicas. Essa distinção trazida é importante porque ela demonstra variados aspectos que são muitas vezes reprisados pela doutrina.

Quanto à natureza normogênica, Alexy discorda que os princípios seriam simplesmente razões para regras e as regras razões para as decisões concretas. Isso porque “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas” (ALEXY, 2008, p. 107). Nesse viés, aliás, ao menos em tese, é viável fundar uma decisão em princípios jurídicos – independente da existência de uma regra para o caso - o que incute caráter e força normativa a esses⁸⁵.

Conforme Barroso e Barcellos (2008, p. 338), as regras trazem relatos objetivos, descrevendo determinadas condutas, sendo aplicáveis a um conjunto delimitado de hipóteses. Pelo mecanismo tradicional da subsunção, enquadram-se os fatos na previsão abstrata da regra, se tem a consequência jurídica previamente estabelecida. Já os princípios “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações” (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 339).

Humberto Ávila propõe distinção diversa entre princípios e regras: dissociação justificante, abstrata, heurística, alternativas inclusivas (ÁVILA, 2009b, p. 64-71), concluindo que “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com

próprio, como a livre iniciativa, e outros que, diferentemente, versam acerca da qualidade que outros fenômenos devem apresentar como é o caso da legalidade e da impessoalidade. Há também princípios-meio ou instrumentais, categoria na qual se poderia classificar e.g., o princípio da separação dos poderes” (BARCELLOS, 2002, p. 55). Eros Grau (2016, p. 101) fala em princípios implícitos (resultantes de interpretação) e explícitos (no texto legal).

⁸⁵ Perceptível que “tanto as regras quanto os princípios tem força normativa [...] O sistema de regras e princípios é um sistema que permite um constitucionalismo adequado à realidade, garantido a pertinência sentida pela sociedade em relação a sua Constituição” (BELLO FILHO, FONTOURA, CAMARÃO, 2014, p. 24).

pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte” (ÁVILA, 2009b, p. 78). Aduz ainda, que as regras seriam “axiologicamente sobrejacentes” aos princípios (ÁVILA, 2009b, p. 78), o que vem a corroborar com a sustentada “natureza normogenética” dos princípios, trazida por Canotilho.

Por outro lado, para o autor, os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, com um caráter primário de ofertar prospectivas e com a finalidade de complementar e ser parcial, de modo que sua aplicação não é automática, pelo contrário, “demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2009b, p. 78-79).

Sustenta, pois, que os princípios seriam normas jurídicas que prescrevem conteúdos direta ou indiretamente relacionados à conduta humanas, sendo veiculadas prescrições normativas, as quais, direta ou indiretamente, estabelecem permissões ou proibições do ordenamento jurídico. Exatamente por essa razão, defende que “uma norma jurídica não precisa necessária e diretamente estabelecer uma descrição sobre uma realidade qualquer, com cuja concretização deva ser estabelecida a consequência normativa prevista por ela ou outra norma” (ÁVILA, 2001, p. 20)⁸⁶.

Os autores citados diferenciam, em essência, as duas espécies normativas pelos seguintes motivos: grau de abstração e generalidade (princípios seriam mais abstratos e gerais que as regras); grau de importância (princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico e as regras instrumentos para concretização desses).

Alexy não se restringe a diferenciar os princípios das regras com base no grau de generalidade. Não há como negar que “normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fáticos e normativo” (ALEXY, 2008, p. 108). O fato de existirem normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério é tão somente relativamente correto.

⁸⁶ Humberto Ávila (2001) afirma, ainda, que “a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas 'no todo' e os princípios só na 'máxima medida'. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente”. Nesse contexto, ressalta a possibilidade de uma colisão entre regras e princípios de forma direta, uma vez que as regras teriam uma dimensão de peso (ÁVILA, 2001, 2009b). Em dissonância à visão de Ávila, Virgílio Afonso da Silva (2003) dedica um artigo para enfrentar as conclusões ali atingidas. Em sua obra “Direitos Fundamentais” (2014, p. 56-64), tece novas críticas às conclusões de Humberto Ávila, em especial quanto à pretensa ponderação de regras e o suposto “peso” inerente a essa espécie normativa.

O presente trabalho – insista-se – não almeja esgotar as distinções e classificações. De fato, “não é o caso de se debater se há classificação que seja melhor ou pior. Em geral, classificações - desde que metodologicamente sólidas - dificilmente podem ser julgadas com base em um maniqueísmo bom/ruim” (SILVA, V. 2014, p. 45).

Bem por isso, “o objetivo dos critérios expostos até aqui não é distinguir os princípios entre si, mas diferenciá-los de forma nítida das regras, ainda que cada grupo de princípios possa apresentar inúmeras outras particularidades” (BARCELLOS, 2002, p. 55), lembrando que a importância da distinção reside na pretensão de construir “parâmetros racionais, especialmente dirigidos ao julgador para resolução de casos difíceis, de forma a afastar-se de um legalismo extremo, ou de um decisionismo puro” (CEZNE, 2005, p. 67).

Nesse contexto, é imprescindível verificar a distinção proposta por Ronald Dworkin (2007) e Robert Alexy (2008 e outros), corroborada em maior parte por Virgílio Afonso da Silva (2014), Anizio Pires Gavião Filho (2011), Ana Paula Barcellos (2002) e Luiz Afonso Heck (2000). Não se está dizendo que os autores citados são uníssonos em suas propostas, tampouco está aderindo à distinção acriticamente⁸⁷. No entanto, grande parte das afirmações encontram pontos comuns relevantes, que serão tidos como ponto de partida para a análise da proporcionalidade.

As propostas de Alexy e Dworkin apresentam algumas diferenças importantes (ALEXY, 2015a, p. 164-187), destacando-se “a tese da única resposta correta [de Dworkin], a amplitude do conceito de princípio e como decorrência deste, a questão dos direitos sociais, vinculados a bens coletivos e/ou a prestações positivas estatais” (CEZNE, 2005, p. 57).

Em dissonância a Dworkin, a teoria alexyana (aqui em um sentido geral, não só quanto à distinção entre regras e princípios) “visa a proporcionar critérios de correção para as decisões jurídicas — correção que não se confunde com segurança na obtenção de uma única resposta correta, mas que resulta de uma deliberação racionalmente desenvolvida e controlável” (BRANCO, 2009, p. 164).

Alexy explica e problematiza sua “filosofia”, segundo a qual o direito tem a pretensão de correção, de modo que “três questões devem ser respondidas: (1) o que significa que o direito promove uma pretensão? (2) O que deve ser entendido sob a necessidade da

⁸⁷ Como dito, o capítulo é basicamente expositivo. Para falar em proporcionalidade, é preciso atentar aos fundamentos teóricos.

pretensão? (3) Em que consiste o conteúdo da pretensão, a correção?” (ALEXY, 2011d, p. 20).

Trazendo aspectos da sua teoria da argumentação jurídica, aliada com a teoria dos direitos fundamentais, é de se ressaltar que “a característica especial consiste no facto de que a pretensão de correção suscitada no discurso jurídico, em contraste com esta pretensão no discurso prático geral, não está orientada para o que é correcto independentemente do direito positivo” (ALEXY, 2012, p. 493). Isso é, o “correcto” está inserido no sistema jurídico, estando a argumentação jurídica comprometida com a lei e o precedente. Bem por isso que “a certeza jurídica não é uma ilusão, na mesma medida em que a correção não é uma ilusão” (ALEXY, 2012, p. 495). Há a pretensão de racionalidade.

Ademais, especialmente em decorrência dessa busca de Alexy, percebe-se um aprimoramento, em certa medida, das ideias Dworkin (em alguns aspectos), o que constitui um ponto distintivo importante. Segundo Cezne (2005, p. 67): "Alexy de certa forma sofisticada e amplia a teoria de Dworkin, de forma que passa a oferecer respostas e caminhos ao julgador inexistentes na primeira teoria, bem com o um procedimento formal e racional a este na aplicação desses princípios”.

A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma "consequência determinada" ou de "vagueza". A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie* (SILVA, V. 2003, p. 619).

O conceito de regra é incompatível com a dimensão de peso, que decorre da própria natureza do princípio. Entenda-se bem: peso ou valor. E é exatamente nesse particular que se percebe a identidade entre o conceito e distinção de Dworkin e Alexy (FIGUEIREDO, 2005, p. 65).

Se diz incompatível com a dimensão de peso porque “elas valem ou não valem. Toda vez que o seu tipo ocorrer, a sua consequência jurídica deve ser aceita” (HECK, 2000, p. 75). Nessa senda, as regras são normas que exigem que algo seja feito dentro das condições fáticas e jurídicas estabelecidas. Ou seja, “as regras, como registrado, são normas que pretendem produzir efeitos já definidos e delimitados em seu comando, e aplicáveis a um conjunto de situações que pode ser previamente identificado, apenas tendo em conta o dispositivo normativo” (BARCELLOS, 2002, p. 77).

Portanto, as regras são “mandamentos definitivos” (ALEXY, 1999, p. 75), bem como normas condicionadas. Para as regras é decisivo fazer aquilo que elas pedem. Por isso, regras são cumpridas ou não cumpridas.

No ordenamento brasileiro são inúmeros os exemplos de regras com a forma de aplicação pela subsunção. Consoante o art. 1.196 do CC, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Como se vê, há uma clara relação causa e efeito. Somente é possuidor aquele sujeito que tiver os requisitos previstos na regra.

A “usucapião” é outro exemplo. Consoante o art. 1.238 do CC, o sujeito que possuir por quinze anos imóvel, desde que cumprindo os requisitos legais, adquirirá a propriedade, independentemente de título e boa-fé. Interessante que basta o preenchimento de certos requisitos para aplicação da regra. O fato de haverem normas expressas, imperativas, não retira a eventual necessidade de interpretação dos fatos, em especial para verificação da perfeita subsunção – ou não – no caso em concreto. Porém, na usucapião, ou o sujeito adquire ou não adquire a propriedade, não há um meio termo.

O mandamento definitivo é claramente observável pela regra do art. 1.521, do CC. Segundo a norma, “não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; [...]”. Como se vê, nos casos delineados na regra, não é possível a ocorrência do casamento. A consequência jurídica é a nulidade do ato (como se não tivesse existido no mundo jurídico).

Contudo, isso não significa que a aplicação das regras é simples. O art. 423, do CC, por exemplo, dispõe que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. A definitividade do comando é cristalina: havendo mais de uma interpretação, deve-se adotar a mais favorável.

Mas pergunta-se: qual é a interpretação mais favorável? Ainda: como é possível saber se é possível a interpretação pretendida? A conclusão que se chega é singela: a regra, embora expresse um comando definitivo, não exige o aplicador de interpretar e argumentar. Esse fato não exclui a natureza de “regra”.

De acordo com Alexy (2008, p 588), princípios são normas que tem o objetivo de ordenar a realização de algo na maior medida possível, observando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Destarte, na aplicação de um princípio, deve-se tentar atingir o

seu grau máximo, sem que isso afaste ou iniba de forma demasiada outro princípio de mesma hierarquia.

Caracterizam-se pelo fato de que a medida ordenada de seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e das jurídicas. As últimas representam os princípios existentes em sentido contrário. Na colisão não se despede um dos princípios do sistema, pelo contrário, “otimiza” ambos, o que produz coerência (ALEXY, 2011c, p. 123). Os princípios são, então, mandamentos (ou comandos) de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

Quanto ao particular, importantíssima a observação de Bustamante (2006, p. 82-83):

Outro ponto que merece ser esclarecido refere-se ao conceito de “otimização”, que é imprescindível para a compreensão da teoria dos princípios adotada. Quando se diz que os princípios jurídicos são mandados (ou comandos) de otimização, o que se pretende ressaltar com isso é que tais normas estabelecem o dever de realizar um estado ideal de coisas na máxima medida possível, sem descrever, de antemão, os comportamentos necessários para tanto. É por isso que se diz que os princípios constituem *idealoughts*. Sustentar que os princípios são comandos de otimização implica crer que estamos diante de normas às quais se pode aderir em maior ou menor extensão, sendo possível cumprir em diferentes graus o comando normativo em questão: em cada colisão entre princípios constitucionais, a forma de otimização adotada será diferente, tendo em vista as condições fáticas e normativas do caso concreto. No entanto, a definição de princípios como mandados de otimização tem enfrentado múltiplos questionamentos entre os teóricos do direito contemporâneo.

Diante da crítica, Alexy afirma que princípios não são comandos de otimização, mas sim comandos a serem otimizados. (ALEXY, 2000, p. 300). Bustamante (2006, p. 83) explica que “os comandos para otimizar não devem ser otimizados, mas cumpridos através da otimização. Feita essa distinção pode-se dizer que os princípios são mais precisamente definidos como comandos para serem otimizados, não como comandos para otimizar”.

Adotando a proposta de Alexy, muito do que as classificações tradicionais chamam de “princípio” deveria ser chamado de “regra”. Um exemplo seria o “princípio” da anterioridade penal, segundo o qual não há crime nem pena sem lei prévia. O “princípio”, como se vê, define um mandamento definitivo. Basta verificar no caso se há lei prévia para aferir se poderá haver pena ou crime. Não há uma dimensão de peso: ou a regra é cumprida ou não⁸⁸.

Outro exemplo está inserido na CF, no art. 150: “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]”. Para a doutrina,

⁸⁸ Nesse aspecto (dimensão de peso às regras) reside a maior crítica de Virgílio Afonso da Silva a Humberto Ávila (SILVA, 2003 e 2014).

trata-se do princípio da legalidade. Mas afinal, é um princípio na acepção aqui estudada? O mandamento inserido na Constituição expressa um comando a ser otimizado? Como se dá uma colisão entre princípios no caso?

As respostas para as perguntas são negativas, de modo que a eventual colisão será entre regras ou entre regra e princípio. O “princípio” da legalidade é uma genuína regra constitucional. Se a União exigir tributo sem “lei”, a consequência jurídica é clara: haverá inconstitucionalidade. Nesse sentido: “a instituição dos emolumentos cartorários pelo Tribunal de Justiça afronta o princípio da reserva legal. Somente a lei pode criar, majorar ou reduzir os valores das taxas judiciárias” (BRASIL, 2000).

O fato de constituir uma regra, porém, não limita o seu significado⁸⁹. Assim, a legalidade tributária tem outras facetas. Além de estabelecer a reserva legal, impossibilita a delegação. Ora, a regra não institui que é inviável delegar. Plenamente possível alegar-se que a instituição do tributo é válida, uma vez que a lei que dispôs sobre a competência para fixar ou majorar.

Também pela via interpretativa é viável estender o significado do texto constitucional, de modo a expurgar a possibilidade de delegação. O fato de se ter mais de uma interpretação para a norma traz consigo o equívoco de traduzir a regra como princípio.

Contudo, “mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras” (SILVA, V. 2003, p. 613). Ao que parece, tratar certas regras como princípios advém de um erro comum: os princípios possuem mais força que as regras. Essa afirmativa, porém, está incorreta, como se verá adiante.

3.1.2 Os conflitos e as colisões

A maior diferenciação entre as espécies normativas “está no modo de aplicação diferenciado das regras e dos princípios e na solução para os casos de conflitos de regras e de

⁸⁹ Conforme o STF: “É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos” (BRASIL, 2016c).

colisão de princípios” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 30). Ou seja, “o conflito entre regras jurídicas caracteriza a ‘antinomia’, cuja incompatibilidade elimina uma delas do sistema jurídico” (FIGUEIREDO, 2005, p. 76).

Para Dworkin, um conflito entre regras deve ser resolvido pelos critérios clássicos de solução de antinomias, aplicando-se o “tudo ou nada”. Ressalta, ainda, a hipótese da previsão de cláusula de exceção à regra. Entretanto, é importante ressaltar que “o caráter tudo ou nada consegue ser efetivo apenas quando a interpretação é conhecida” (ALEXY, 2015a, p. 178).

E é exatamente essa razão que define o principal traço distintivo entre regras e princípios: “nos casos das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*” (SILVA, V. 2014, p. 45).

Segundo Alexy (2015a, p. 188), “o diferente caráter das cláusulas de reserva e com isso o legítimo núcleo do teorema da colisão de Dworkin podem assim ser explicados através do diferente caráter *prima facie*”. Como uma regra jurídica contém uma determinação para a decisão de casos, não se pode ser deixada de lado em face de um princípio: há uma relação de precedência da regra, por ser um mandamento definitivo (ALEXY, 2015a, p. 187).

O conflito de regras – como já delineado anteriormente – se define pela regra do tudo ou nada. Normalmente “um conflito de 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). Por isso, se não há exceção na própria regra (cláusula de exceção), o conflito entre regras induz a declaração de invalidade de uma delas. A solução, nesses casos, se dá pelas máximas: a “lei posterior derroga a anterior” ou (b) a “lei especial derroga a lei geral”. O resultado é a invalidade e o afastamento da regra do ordenamento.

Como os princípios não desencadeiam consequências jurídicas preestabelecidas, a colisão se dá numa dimensão de peso. Quando há a interferência de um princípio em outro, necessário será aferir o peso de cada um. Ao contrário das regras, não se resolvem as colisões, tomando um como exceção do outro (DWORKIN, 2007, p. 24-27). Dworkin defende a tese da separação rigorosa, segunda a qual a distinção não deve se dar em graus, mas sim pela própria estrutura lógica diversa desses padrões normativos (ALEXY, 2015a, p. 170). Observa-se que não há uma diferenciação de grau simplesmente, mas sim de peso.

A colisão entre princípios, portanto, é diversa: a resolução não ocorre “no campo da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão do peso” (FIGUEIREDO, 2005, p. 76). Em consequência, o fato de um princípio com maior peso prevalecer sobre o outro princípio colidente, não implica na exclusão do princípio de menor valor do ordenamento jurídico.

Os pesos dos princípios são abstratos e, para certos casos, adquirem um maior peso. Eles não ficam em contraposição “mas em tensão, que deve ser resolvida com referência ao caso que, à primeira vista, os atrai. Os princípios apresentam pesos ou importâncias diferentes para o caso analisado, mesmo que, considerados em abstrato, nenhum ostente primazia sobre o outro” (BRANCO, 2009, p. 168).

Essas colisões⁹⁰ são resolvidas pela ponderação, que é, em suma, o preceito da proporcionalidade em sentido estrito, terceiro “passo” da proporcionalidade⁹¹. A ponderação propriamente dita será analisada posteriormente.

A obra de Alexy (2008) está voltada essencialmente aos direitos fundamentais, tratando as restrições, a eficácia e a forma de aplicação. Tanto é verdade que dita obra é intitulada “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Esse fato revela também que a distinção entre regras e princípios objetiva, em Alexy, a definição da tipologia dos direitos fundamentais (muito embora possa utilizar-se de aspectos teorizados para uma visão global do ordenamento).

Como destaca Anizio Gavião Filho (2011, p. 40), “a formulação de direitos fundamentais como princípios corresponde a de que a normas de direitos fundamentais são princípios”. Assim, eles “ordenam que algo seja alcançando na melhor medida do possível” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29). A colisão entre princípios de direitos fundamentais se dá em diversas perspectivas⁹². Anizio Pires Gavião Filho (2011) ressalta as colisões em sentido restrito⁹³ e em sentido amplo⁹⁴.

⁹⁰ Perceba-se aqui que, para os princípios, utiliza-se a expressão “colisão”. Entre as regras, há conflito. Em uma colisão não se afasta. Num conflito, por outro lado, um deve prevalecer.

⁹¹ Esclarece Alexy que “no direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito” (ALEXY, 2011b, p. 110).

⁹² Poderá ocorrer uma colisão horizontal, em que o direito do indivíduo choca-se com o direito de outro indivíduo; bem como uma colisão vertical, ou seja, colisão entre o direito do indivíduo e um direito coletivo, do Estado ou da comunidade (STEINMETZ, 2001, p. 139). Como se vê, “o sistema constitucional dos direitos fundamentais, a parte de os estabelecer e viabilizar a respectiva limitação e restrição, como forma de auto-defesa configura um complexo mecanismo de limitação controle dos autos de aposição de limites e restrições de modo que a ação limitadora ou restritiva somente se dê na medida estritamente necessária e indispensável à própria

Ainda há a possibilidade de ocorrer a colisão entre regras e princípios, um tema muitas vezes ignorado pelos estudiosos. Como já afirmado, as regras não possuem a dimensão de peso. Dessa forma, inviável seria uma ponderação direta.

As regras refletem uma relação meio-fim, em que o “fim” é a concretização de um princípio. Na teoria alexyana, um direito fundamental. Em termos gerais, é possível dizer que, dissecada a regra, torna-se possível a ponderação.

A situação fica mais clara com exemplos. Como já visto, o art. 150 da Carta Maior deixa delineado o “princípio” da legalidade. Para a norma, é inviável “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Porém, a chamada “reserva legal” não reflete um princípio, mas sim uma regra. E o que sustenta a regra constitucional? Em outras palavras, qual o plano de fundo da norma? A pergunta é essencial para entender como se dá o conflito entre a regra e um princípio.

Poder-se-ia dizer que há um conflito horizontal entre o princípio e a regra. Porém, não parece metodologicamente correta essa assertiva. O conflito tem traços de verticalidade. Como dito, é necessário pensar a norma por sua genética, por seu fundamento de sustentação⁹⁵.

Em geral, esse fundamento está substanciado em um princípio na acepção aqui defendida (como comandos para serem otimizados). Avalia-se o meio esvaindo o fim que se pretende atingir. Quando se obtém a “dissecação” dos princípios que se encontram em colisão, bem como o “fim” pretendido – especialmente porque, notadamente, as relações jurídicas geram uma restrição a algum direito fundamental (consubienciado em um princípio de direito) – há a ponderação.

concretização e preservação de tais direitos e demais bens constitucionalmente protegidos” (FREITAS, 2007, p. 185). Para Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito como também para tais em sentido amplo” (ALEXY, 1999, p. 68). As em sentido estrito subdividem-se em quatro espécies, alterando os sujeitos envolvidos e o tipo de direito fundamental envolvido (ALEXY, 1999); por outro lado, as colisões em sentido amplo se dão em relação a “direitos fundamentais com bens coletivos” (ALEXY, 1999, p. 71).

⁹³ Nesses casos, a colisão se dá quando um direito fundamental repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 41). Podem ocorrer colisões em direitos fundamentais distintos ou semelhantes.

⁹⁴ A colisão em sentido amplo se dá entre direitos fundamentais e bens coletivos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 47).

⁹⁵ Essa também é a razão de autores como Raz (2010) defendem princípios e regras como razões. Com efeito, “a outra forma de entender as normas – como razões para a ação – é provavelmente mais iluminadora que a anterior, referida ao tema dos princípios” (ROESLER, 2007, p. 64-65).

3.1.3 A relação de precedência entre regras e princípios

De extrema relevância a distinção entre regras e princípios, sendo objeto de amplos debates no âmbito da doutrina e da jurisprudência, como inclusive já visto. Entretanto, cabe também distinguir os princípios propriamente ditos⁹⁶.

Nessa via, ressalta-se a diferença entre princípios substanciais (ou materiais) e princípios formais⁹⁷. Para o autor, “um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático” (ALEXY, 2015b, p. 138).

Portanto, o “princípio, que diz respeito à competência decisória do legislador - e, por isso, formal -, é o fundamento de uma competência legislativa constitutiva para a imposição de restrições, mesmo que essa competência seja limitada por princípios substanciais” (ALEXY, 2015b, p. 295).

O princípio formal fundamenta a própria discricionariedade do legislador. O princípio formal da democracia define, pois, que as decisões do legislador devem ser obedecidas no seu máximo grau possível, exigindo não apenas o respeito ao decidido, mas também aos objetivos estabelecidos (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018).

Alexy (2014b, p. 515-516) aduz que a democracia não é apenas um processo de decisão, mas sim o meio mais legítimo de produção do direito, o que, por consequência, atribui peso especial às decisões parlamentares. A separação dos poderes e da segurança jurídica também constituem princípios formais importantes.

No prefácio da coletânea “princípios formais”, os autores frisam que o estudo da “teoria dos princípios formais” seria potencialmente um “ponto de equilíbrio entre a necessidade de uma corte constitucional proteger os direitos fundamentais e a necessidade do respeito ao princípio do legislador democraticamente legitimado” (TRIVOSONNO; SALIBA:

⁹⁶ Assim como nas “regras”, há diversos níveis de classificações de “princípios”. O presente trabalho pretende, porém, abordar a divisão clássica geral proposta por Alexy (2008, 2015) e algumas ramificações.

⁹⁷ Potencialmente, há a possibilidade de confundir com as ditas normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais. Se diz “materialmente constitucional” quando a matéria da norma tem conteúdo constitucional. Já as “formalmente constitucionais” seriam as normas que estão na Constituição, não possuindo necessariamente o conteúdo. Todavia, não é essa a proposta de Alexy.

LOPES, 2014⁹⁸). É dizer: deve-se equilibrar o âmbito de competência do legislador e dos tribunais.

Alexy (2014b) aduz que princípios formais também são princípios, ou seja, comandos a serem otimizados. Diante dessa assertiva, viável afirmar que são igualmente normas que exigem grau máximo de aplicação. Por essa razão, a diferença substancial na forma de aplicação entre princípios formais e materiais reside no objeto da otimização.

Enquanto princípios materiais visam a otimização de determinados conteúdos (vida, liberdade de expressão, igualdade, entre outros), os princípios formais exigem a otimização da própria norma jurídica, independente do conteúdo. Assim, os princípios formais não entram no plano do conteúdo (material), mas sim na dimensão real ou fática do direito.

Com isso, ficam atreladas questões como a dogmática dos espaços, abordada no primeiro capítulo. Porém, definir os princípios formais nesse momento objetiva explorar a importância da “escolha do legislador” para a teoria dos princípios e, em consequência, para o ordenamento.

Isso leva à conclusão de que as regras têm preferência sobre os princípios (BARCELLOS, 2008, p. 69). Exatamente isso: as regras – sejam infraconstitucionais, sejam constitucionais – preferem aos princípios. Ao contrário do que se diz, para a teoria dos direitos fundamentais, a regra – enquanto mandamento definitivo escolhido pelo legislador – tem, insista-se, uma relação de precedência em relação aos princípios

A causa é simples: o legislador estabeleceu uma relação meio-fim, fez uma opção. Nada mais lógico que o meio escolhido prevaleça sobre os demais. As regras possuem uma aplicabilidade imediata e o seu afastamento não pode ser uma medida arbitrária, discricionária e subjetiva. É bem por isso que as regras são tidas como mandamentos definitivos e os princípios mandamentos de otimização, tendo caráter *prima facie* (ALEXY, 2008). Conforme Ana Paula Barcellos (2008, p. 82-83):

O que se acaba de expor não significa que a área não nuclear dos princípios não produza efeito algum ou que o Legislativo e/ou o Executivo estejam livres para formular quaisquer opções sob o pretexto de estarem disciplinando a área não nuclear de um princípio constitucional. Como se sabe, aos princípios, em toda sua extensão, se reconhecem também as modalidades de eficácia interpretativa, negativa e, quando seja o caso, vedativa do retrocesso. Também não está afastado o conhecimento, já consolidado, de que a interpretação das regras (constitucionais e

⁹⁸ O artigo está disponibilizado na internet e não possui numeração. Por essa razão, indica-se apenas o ano da obra.

infraconstitucionais) deve ser informada pelos princípios. Lembre-se, porém, que o objeto deste estudo – a técnica de ponderação – só entra em cena quando o conflito não pode ser superado por nenhum desses recursos da teoria constitucional moderna. Na verdade, imaginando os princípios como círculos concêntricos, que ocupam grandes áreas, porém de maneira difusa e com pouca densidade (com exceção de seu próprio núcleo), tem os as regras como pontos de certeza espalhados por toda essa superfície. Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomadas no interior de tais fronteiras. Em suma: seja porque essa é a consequência natural das diferenças estruturais entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies normativas desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação significa que a regra deve ter preferência em face dos princípios.

Os princípios, não expressam algo definitivo, taxativo. O *caput* do art. 5º da CF destaca que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Observa-se que os princípios inseridos são semanticamente vagos. O que constitui a igualdade, a liberdade? De que forma serão assegurados os princípios (no caso, direitos fundamentais)? Como se dará a aplicação?

O inciso IV do art. 5º, por exemplo, prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. É possível afirmar que sempre será livre a manifestação do pensamento? O inciso IX, por sua vez, define que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Sempre será livre essa atividade intelectual, em todos os casos? Os princípios são absolutos? Se não, quais são as exceções? Como delimitar essa amplitude?

Problematizando a questão: uma regra hipotética determina que entre o horário de 12:00 e 20:00 não poderá ser transmitido em canal aberto filmes com cenas de sexo explícito ou violência. E a livre manifestação do pensamento? E a liberdade de expressão intelectual? Como pode uma regra infraconstitucional delimitar um direito fundamental constitucionalmente garantido?

O princípio não possui uma limitação aparente, tal como o inciso XIII do art. 5º, o qual define que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O constituinte expressamente remete à lei as definições da limitação ao direito fundamental. Nos outros casos, não há qualquer limitação, sendo o direito, em tese, absoluto.

Independente da reserva legal, o direito fundamental (o princípio) pode – sim – sofrer limitações legais, porque o legislador estabeleceu uma escolha: deve-se limitar o direito à liberdade de expressão e de comunicação no caso em concreto, devendo prevalecer os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Não se está aqui dizendo que está acertada a regra, mas sim que houve uma opção do legislador que limitou os direitos fundamentais. Isso dá à regra um caráter de precedência.

3.2 ASPECTOS ESSENCIAIS DA PROPORCIONALIDADE

Como discorre Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 239), “o significado da distinção entre regras e princípios resulta disto, que o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade resulta logicamente da definição de princípios”.

A proporcionalidade é necessária porque “tem-se admitido que os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional” (LIMA, G. 2008b, p. 67). De acordo com Paulo Bonavides (1994, p. 281):

O princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo. Mas a grande novidade deste fim de século vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional, tão revolucionária ou tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, largamente renovados e reavaliados. Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de suas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu-o em princípio geral de direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional do estilo daquela a que se referiu Capelletti, relativa ao incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade. Aliás, o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade.

Guerra Filho (2001, p. 82) revela que a proporcionalidade tem sua origem na Grécia antiga: ideal de que as condutas sociais pautavam-se pelo equilíbrio harmônico, a partir do

padrão do justo, do belo e do bom. Valeschka e Silva Braga (2008, p. 91) frisa que Aristóteles utilizava da prudência e da equidade para a aplicação de medidas justas e sem excessos aos indivíduos, com a devida observância à intensidade do ato praticado.

A proporcionalidade, nessa via, tem sua origem ligada ao Direito Penal, mais precisamente na proporção entre a conduta e a punição. A Lei de Talião, ao prever o “olho por olho, dente por dente”, tem como cerne o ideal de uma pena proporcional.

Contudo, como observa Schlink (2011-2012, p. 294), na Alemanha, a aplicação da proporcionalidade se deu inicialmente no direito administrativo, em relação aos atos da polícia para proteção do público (SCHLINK, 2011-2012, p. 294). Quanto ao Direito constitucional comparado, Schlink (2011-2012, p. 296) reconhece que a proporcionalidade está interligada às raízes alemãs: a utilização do instituto proliferou em decorrência de decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, especificamente a partir dos julgamentos dos casos *Lüth*, e *Apotheken*.

Como indica Alexy (2015b, p. 154), “sob a Constituição atual as ideias e as formas de expressão das teorias de valores ingressaram de forma intensa na jurisprudência constitucional, tendo como ponto culminante a decisão no caso Lüth”. Referido caso foi julgado em 15/01/1958. Erich Lüth – crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo – conclamou, no início da década, boicote a filme lançado por Veit Harlan (primeiro filme do diretor no “pós-guerra”). Tal boicote se deu em relação aos distribuidores de filmes cinematográficos, bem como em relação ao público em geral. Veit Harlan era uma antiga celebridade do filme nazista, sendo corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra judeus (SCHWAB, 2005, p. 381).

Néviton Guedes (2014) acentua que “em 1940, já famoso como diretor de cinema, Veit Harlan realizou um filme de propaganda anti-semita, dando-lhe o título de *Jud Süß* (o Judeu Süß)”. Após a Segunda Guerra Mundial, a justiça alemã entendeu que havia sido praticado crime contra a humanidade, mas o tribunal acabou absolvendo o diretor “por sua conduta, considerando aquele tribunal que ele não poderia recusar uma ordem do ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels” (GUEDES, 2014).

Quanto ao caso, inicialmente o Tribunal Estadual de Hamburgo proibiu Lüth de fazer determinadas declarações. Com fundamento no parágrafo 826 do Código Civil alemão, entendeu-se que a manifestação de Lüth “seria contrária à moral e aos costumes, razão pela

qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote” (GUEDES, 2014).

Com isso, a “proibição jurídica concreta eliminava uma parte da liberdade jurídica da manifestação do pensamento de Lüth, que consiste exatamente no fato de que manifestações do pensamento não sejam nem proibidas nem obrigatórias” (ALEXY, 2015b, p. 535).

Lüth interpôs recurso constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, postulando a suspensão da condenação imposta. O Tribunal, “fazendo prevalecer o sentido dos direitos fundamentais sobre as normas do Direito ordinário, a partir de um juízo de ponderação de bens, reformou a decisão dos tribunais inferiores” (GUEDES, 2014).

A partir da decisão, o Tribunal conclui que a “Constituição é concebida como um sistema axiológico de princípios e valores que representam orientações normativas vinculantes para toda a atividade estatal e obrigam até mesmo as relações jurídicas de caráter privado” (VALE, 2008).

O segundo caso revelado foi julgado em 11/06/1958. O reclamante era farmacêutico formado desde 1940, tendo requerido alvará de funcionamento para a abertura de farmácia em 1956. O pedido se deu em uma pequena localidade (SCHWAB, 2005, p. 593). A lei alemã determinava algumas exigências, dentre as quais a necessidade do interesse público e a proteção do mercado farmacêutico como um todo. Para não ameaçar à subsistência econômica das farmácias já existentes, a autoridade fixava número ideal de farmácias para cada região (SCHWAB, 2005, p. 594).

A legislação partia da ideia de que não seria possível seguir as regras de mercado em relação a outras atividades, de modo que “a proteção da livre concorrência deveria sofrer alguns reparos” (SCHWAB, 2005, p. 594). Nessa via, “a autoridade competente fundamentou sua decisão de indeferir o pedido de alvará com o fato de que as farmácias já existentes na comunidade seriam plenamente suficientes para o atendimento da população” (SCHWAB, 2005, p. 594).

O Tribunal Constitucional, levando em consideração a falta de profissionais na área no pós-guerra, ponderou os valores envolvidos, frisando que “a liberdade da escolha profissional, ao contrário, só pode ser restringida se a proteção de bens coletivos muito importantes (“prevalecentes”) o impuser inexoravelmente” (SCHWAB, 2005, p. 609).

A razão de existência da legislação não preponderou em relação à “dura restrição da liberdade de escolha profissional, qual seja, a exclusão de candidatos plenamente qualificados do exercício autônomo da profissão de farmacêutico” (SCHWAB, 2005, p. 615).

Nos dois casos a discussão remontava à possibilidade de restrições a direitos fundamentais e envolveram uma resolução por meio da ponderação. Elas também revelam traços da estrutura lógica da proporcionalidade apresentada na obra de Alexy.

De qualquer sorte, a proporcionalidade – a partir dos conceitos de “regras” e “princípios” aqui trazidos – denota traços de “regra” e não de “princípio”. Com efeito, “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações” (SILVA, V. 2002, p. 25).

Essa discussão, todavia, é dispensável. Ao contrário da diferenciação entre regras e princípios, que, ao final, revelam toda estrutura da teoria dos princípios – logo, essencial – estabelecer se a proporcionalidade é “regra”, “máxima”, “preceito”, “metaregra”, “princípio”, “dever” ou “postulado normativo” não influirá decisivamente no significado.

As variáveis são interpretativas. É dizer, “embora vislumbre uma íntima conexão entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade, confere aos três aspectos da proporcionalidade o caráter de regras jurídicas, e não de princípio jurídico” (FIGUEIREDO, 2005, p. 187).

Anizio Gavião Filho (2015b, p. 148), por sua vez, destaca que os “três princípios parciais expressam uma ideia de otimização”. Assim, não seria equivocado dizer que a proporcionalidade é um princípio, porquanto ela “otimiza”.

Ou seja, ao estabelecer a expressão “princípio”, não se está afirmando que a proporcionalidade seria mandamento a ser otimizado, na acepção da dicotomia apresentada na teoria dos princípios. O ponto é a satisfação ou não dos seus subprincípios (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

Isso, porém, em se tratando de uma discussão simplesmente doutrinária, com pouca repercussão prática, não evitará o uso das expressões como sinônimo, até porque se versa de uma ingênua ambição de uniformização do tema. Importante é deixar claro que a “expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios” (SILVA, V. 2002, p. 26).

3.2.1 Fundamentando a proporcionalidade

A proporcionalidade pretende instituir parâmetro para evitarem-se excessos (BONAVIDES, 2009, p. 393)⁹⁹, sendo “expressa noção de justiça” (STEINMETZ, 2001, p. 155). Deste modo, “o termo ‘proporcionalidade’ [...] faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta” (FIGUEIREDO, 2005, p. 174), sendo “o melhor método para solucionar racionalmente colisões entre os objetivos de princípios contrapostos” (KLATT, MEISTER, 2014, p. 25). Nela está embutida tanto a ideia de vedação ao excesso, quanto à ideia de vedação de insuficiência, de dever de proteção e de promoção (LIMA, G. 2008b, p. 74-76).

A exata compreensão do significado do princípio da proporcionalidade requer uma transformação do próprio modo de se conceber a tarefa da ciência jurídica, como diversa da mera interpretação e aplicação de normas jurídicas (GUERRA FILHO, 2011).

Entretanto, a regra da proporcionalidade aqui abordada possui pressupostos específicos e predefinidos, constituindo regra fundamental de apoio aos direitos conferidos na Constituição, não se confundindo com a proibição do excesso, razoabilidade e ponderação¹⁰⁰. Sarlet (2005, p. 327), frisa que a “noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso”.

Interpretação é diferente de ponderação. Em outra via, ponderação é diferente de proporcionalidade, constituindo uma das três sub-regras parciais da proporcionalidade, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239), não se confundindo, outrossim, com a proibição de excesso¹⁰¹ e razoabilidade (ÁVILA, 2009b, p. 167).

⁹⁹ O fato de pretender “evitar excessos” não a coloca a proporcionalidade como sinônimo do chamado “princípio da proibição do excesso”.

¹⁰⁰ Para Ávila (2013, p. 182), “é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito”. Assim, “um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica” (ÁVILA, 2013, p. 182).

¹⁰¹ Gilmar Mendes (1999, p. 87) ao abordar a proporcionalidade confunde-o, erroneamente, com a proibição do excesso e razoabilidade, muitas vezes tratando como sinônimo. Embora reconheça a aplicabilidade e demonstre um entendimento compatível com o objetivo pretendido pela proporcionalidade, o Min. do STF em sua obra estabelece uma verdadeira confusão de termos. Isso constitui um erro, uma vez que cada instituto tem sua própria finalidade. Isso também é observável na jurisprudência brasileira, como se verá no terceiro capítulo.

A maior confusão se denota em relação à proporcionalidade e à razoabilidade¹⁰². A primeira desenvolveu-se, como visto, no Tribunal Constitucional Federal Alemão. Por outro lado, a razoabilidade tem suas origens ligadas ao *due process of law* do Direito Estadunidense. Por vezes elas são confundidas e tratadas como expressões sinônimas.

Segundo José Sérgio da Silva Cristóvam (2016, p. 221), “o controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao Poder Judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas sobretudo material”.

A razoabilidade está interligada ao ideal de que os juízes seriam homens sensatos e contra os atos praticados pelo Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso (1996, p. 202), “o princípio da razoabilidade é um parâmetro da valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”. Serve, então, como instrumento de controle do Poder Judiciário, contra os atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo, quando ultrapassarem os limites da prudência e da lógica. Acaba se tornando um balizador dos atos executivos e legislativos.

Ambas têm como principal finalidade a contenção do arbítrio estatal, provendo controle de critérios para medidas restritivas de direitos fundamentais e outros bens juridicamente protegidos. Todavia, a razoabilidade tem como principal significado o da vedação à arbitrariedade, impondo a necessidade de o Estado motivar, de maneira racional, os seus atos, especialmente nos casos de restrição de direitos.

A proporcionalidade, ao contrário da razoabilidade¹⁰³, é aplicável somente em uma “relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim)” (ÁVILA, 2009b, p. 145). Para Ávila (2013, p. 181) “a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim”. Entende-se o fim como a finalidade perseguida pela limitação, e o meio como a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora (STEINMETZ, 2001, p. 149).

¹⁰² Ávila propõe três dimensões da razoabilidade: como equidade, exigindo harmonização da norma geral com o caso individual (ÁVILA, 2013, p. 173), o que leva à conclusão de que “a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação” (ÁVILA, 2013, p. 174); como congruência, que revela a “exigência da harmonização com condições externas” (ÁVILA, 2013, p. 175); e como equivalência, que vincula a necessidade de equivalência entre a medida adotada e o critério dimensionado (ÁVILA, 2013, p. 179).

¹⁰³ Conforme Ávila (2013, p. 181), “a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade”.

Pela aplicação da regra da proporcionalidade não se atribui um sentido ou um significado normativo, mas sim equilibra e ordena os direitos ou bens conflitantes concretamente (STEINMETZ, 2001, p. 141). Pode-se dizer que a proporcionalidade é “uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais” (SILVA, V. 2002, p. 24). Constitui um método (raciocínio lógico-jurídico) de verificação do “meio-fim” com enfrentamentos argumentativos.

3.2.2 Elementos da proporcionalidade

Na teoria dos princípios, para definirmos a otimização, devemos observar os três elementos da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 588). Isto é, “os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239). Enquanto “as máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência- contida na definição do princípio de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas” (ALEXY, 2008, p. 588), a proporcionalidade em sentido estrito “expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes” (ALEXY, 2008, p. 593), sendo que a não satisfação de uma delas corresponde a uma ilegalidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

Os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena da proporcionalidade – concebida exatamente para combater a prática de atos arbitrários – funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos (ÁVILA, 2005, p. 113).

Antes de iniciar a análise individual, cabe destacar que há tendências diversas quanto a seu número. A primeira adota a divisão em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a segunda aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento. Ainda há a terceira tendência, que costuma identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, qual seja a verificação da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir (SILVA, V. 2002, p. 35).

Há, ainda, novos desenvolvimentos relevantes ao sopesamento, verificar “o peso abstrato de princípios colidentes e a segurança cognitiva das premissas adotadas no sopesamento” (KLATT, MEISTER, 2014, p. 33). Essa nova tendência, dinamiza o sentido da

proporcionalidade em sentido estrito, alarga o seu estudo, proporcionando, ao menos em tese, uma maior racionalidade às decisões.

De todo modo, torna-se importantíssimo estabelecer a ordem de análise porque nem sempre se faz necessário analisar os três exames: eles se relacionam de forma subsidiária (SILVA, V. 2002, p. 34). Assim, se o meio não for apto para o fim desejado, nem mesmo será necessário analisar o preceito da necessidade. O fato do exame ser negativo torna a medida desproporcional de plano.

A divisão clássica (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) é aquela que melhor harmoniza a regra da proporcionalidade. O suposto elemento adicional precedente (“verificação da legitimidade dos fins”) faz parte do exame da adequação. Aliás, não só a verificação da legitimidade dos fins é imprescindível, mas também aferir se é legítimo o meio empregado. Essa análise deve se dar de forma isolada e abstrata (KLATT, MEISTER, 2014, p. 27).

Por outro lado, a verificação do peso abstrato, bem como outras tendências relacionadas à ponderação, deve ser inserida à terceira sub-regra. O fato de alargar o sentido, não significa formular um novo exame.

A sub-regra da idoneidade (adequação ou aptidão) tem o condão de indagar se “a medida, que configura uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico protegido constitucionalmente” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). Ou seja, investiga-se a aptidão, utilidade e idoneidade da medida para o fim que se pretende (STEINMETZ, 2001, p. 149), exigindo “uma relação empírica entre o meio e o fim” (ÁVILA, 2009b, p. 167).

Nesse viés, “se a medida não é idônea para a promoção ou obtenção do fim *F*, exigido pelo princípio *P*, então a medida *M* não pode ser exigida por *P*” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). Perceptível, pois, que é necessário fazer-se a avaliação da efetiva utilidade da medida (meio) para atingir a efetivação do princípio fundamental (fim), o que nem sempre é tarefa simples, face aos frequentes problemas práticos de prognósticos (ALEXY, 2008, p. 391).

Ressalta-se que “o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz” (STEINMETZ, 2001, p. 150), vez que isso já é objeto do princípio da necessidade. Portanto, “adequado [...] não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a

realização de um objetivo é fomentada promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (SILVA, V. 2002, p. 36).

Em suma, “o exame da adequação pressupõe que se fixe o objetivo do ato que opera a interferência sobre um direito fundamental” (BRANCO, 2009, p. 172), avaliando-se os fins pretendidos, que devem ser constitucionalmente legítimos. Segundo Branco (2009, p. 173), “certamente que esse subprincípio atira o aplicador do Direito no domínio de questões de fato, a fim de se apurar, de acordo com o saber aceito na sociedade, se o meio escolhido favorece o fim buscado”.

A sub-regra da necessidade constitui-se no segundo passo para lograr-se a aferição da proporcionalidade da medida. Em suma, pode-se dizer que existindo duas medidas idôneas capazes de promover o devido fim de promoção de um direito fundamental, deve-se escolher aquela que menos intervém no outro direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 244).

O que se faz é avaliar todas as possibilidades aptas, compará-las e escolher a melhor para a situação que se põe, impondo a escolha do meio que intervenha de modo menos intenso (ALEXY, 2008, p. 590). Conforme Anizio Gavião Filho (2011, p. 245):

O exame do princípio parcial da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas. No exame do princípio da idoneidade, diferentemente, a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido. A análise comparativa deve responder se entre as medidas alternativas não existe uma que, com o mesmo grau de idoneidade para alcançar o fim que a medida escolhida ou a ser escolhida promove, intervenha com intensidade de menor grau em outro ou em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos em jogo na colisão.

Com isso, a medida limitadora somente será necessária, caso o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, V. 2002, p. 38).

De acordo com Humberto Ávila (2009b, p. 172), ele envolve duas etapas investigativas: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar as alternativas; e o exame do meio menos restritivo, para o fim de examinar aquela alternativa que menos restringe os direitos fundamentais afetados. Percebe-se que há uma análise comparativa de medidas, assim como uma aferição do grau de intervenção.

Inviável, todavia, exceder-se aos limites indispensáveis à conservação de um fim legítimo (BONAVIDES, 2009, p. 397), razão pela qual se deve fazer uso dos meios mais adequados possíveis (BONAVIDES, 2009, p. 398). Em outras palavras, a medida que menos afeta o princípio colidente é a medida mais necessária. Com isso, pela análise da necessidade, há um exercício prático comparativo, entre medidas igualmente idôneas (BRANCO, 2009, p. 175).

A análise também é em relação aos custos dos meios cotejados. Porém, “o teste da necessidade apenas exclui uma opção em face de outra menos agressiva ao princípio que concorre com aquele que o legislador pretende privilegiar” (BRANCO, 2009, p. 176), o que não reduz a um exame de oportunidade. A pretensão é de evitar sacrifícios desnecessários.

Os dois primeiros preceitos atuam no mundo dos fatos: avaliar o meio mais adequado e necessário para atingir um fim. Segundo Klatt e Meister (2014, p. 25), “as etapas de aferição da adequação e da necessidade referem-se à otimização em face das circunstâncias fáticas do caso concreto. Por outro lado, a etapa de aferição do sopesamento ou ponderação refere-se à otimização em face das circunstâncias jurídicas do caso concreto”.

Após esse exame da necessidade, da intervenção mínima, da “menor ingerência possível” (STEINMETZ, 2001, p. 150), parte-se para o terceiro passo avaliativo: o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação. Mas o que significa ponderar? É simplesmente achar um termo médio para as colisões? É uma atividade subjetiva?

Para Canotilho (2003, p. 1241), ponderar princípios está intimamente ligado ao sopesamento: é decidir, para um determinado caso, qual dos princípios tem maior peso ou valor. De pronto verifica-se uma simplificação da ponderação em Canotilho, o que não invalida sua conclusão.

Guimarães (2006, p. 44), a seu turno, diz que “o método de ponderação, advindo do Direito Alemão, foi fruto direto da jurisprudência de interesses na busca da maximização da felicidade”. Significa dizer que se busca harmonizar princípios, de forma a assegurar a aplicação coexistente dos princípios.

A ponderação, enquanto terceira sub-regra (ou sub-princípio ou, ainda, princípio parcial) da proporcionalidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249), efetiva proporcionalidade, racionalidade da decisão normativa (STEINMETZ, 2001, p. 152). Ela exige que a relação meio-fim tenha uma reciprocidade razoável (STEINMETZ, 2001, p. 152). Portanto, “expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes” (ALEXY, 2008, p. 593).

O exame consiste em avaliar 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 (SILVA, V. 2002, p. 40).

A lei da ponderação define que “quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio P, maior deve ser o grau de importância de outro princípio fundamento P” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249). A grande dificuldade que se tem é verificar o efetivo grau de intensidade da intervenção de um direito fundamental e da importância do cumprimento de um direito fundamental em caso de colisão com outro para autorizar a intervenção (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 251).

Sistematizando, Robert Alexy (2008, p. 594), divide três passos essenciais na lei da ponderação: (a) avaliar o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; (b) avaliar a importância da satisfação do princípio colidente; e (c) avaliar se a importância da satisfação do princípio justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Para Leivas (2015, p. 97), a ponderação somente será racional nos casos em que seja possível proposições sobre esses aspectos. Em outras palavras, “nenhuma ponderação racional pode ser realizada sem que seja apresentadas as razões para a justificação dos graus atribuídos a cada uma das variáveis da fórmula peso” (GAVIÃO FILHO, 2015b, p. 161). Há exigência de justificação, o que alia ponderação à argumentação¹⁰⁴.

Desse modo, são atribuídos graus de intensidade da intervenção e da importância do cumprimento: leve, médio e grave (modelo triádico, conforme Alexy, 2015b). Esse modelo pode ser duplo, o que amplia os graus a nove¹⁰⁵.

Quanto aos dois primeiros passos estruturais da ponderação “se referem à atribuição do grau de intensidade de intervenção em um princípio e do grau de importância de realização

¹⁰⁴ A argumentação é essencial em toda a análise da proporcionalidade. Acentua-se, no entanto, na ponderação porque são elaboradas diversas fórmulas com atribuições de graus. Para Gavião Filho (2015b, p. 162) “as razões da ponderação são razões que justificam o agir do aplicador do Direito na determinação dos graus de intensidade de intervenção e de importância de realização. A justificação da ponderação segue as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica. A atribuição dos graus às variáveis da fórmula peso deve ser suportada por razões dada conforme as exigências da teoria do discurso racional”.

¹⁰⁵ Discorre Alexy (2015b, p. 609), “com base no modelo triádico é muito simples construir uma escala mais refinada é plausível. Basta aplicar os três níveis a si mesmos. Dessa forma, obter-se-ia um modelo triádico duplo, com nove níveis, que pode ser representado da seguinte forma: (1) ll, (2) lm, (3) ls, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, (9) ss. Essa divisão expressa que não existem apenas intervenções leves (l), moderadas (m) e sérias(s), mas também intervenções seriíssimas (ss), moderadamente sérias (sm) e levemente sérias (ss); intervenções moderadas quase sérias (ms), moderadas propriamente ditas (mm) e moderadas tendendo para o leve (ml); e intervenções leves quase moderadas (ls), moderadamente leves (/m) e levíssimas (ll). Há muitos casos nos quais um escalonamento desse tipo é plausível”

de outro”, observado “o grau de intensidade” (GAVIÃO FILHO, 2015b, p. 153). O terceiro passo relaciona os graus.

No primeiro passo há a investigação da grandeza concreta (e não abstrata) do princípio (GAVIÃO FILHO, 2015b, p. 154). Consequência lógica é que “quanto mais grave a intensidade da intervenção em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade” (GAVIÃO FILHO, 2015b, p. 155).

Branco (2009, p. 179) frisa que a apuração da ponderação se dá de forma abstrata (observando a importância do princípio no sistema constitucional) e de forma concreta (relevância no caso). Os pesos abstratos variam de acordo com a hierarquia estabelecida no ordenamento (PULIDO, 2006, p. 62-64). Diga-se: “os pesos abstratos dos princípios são estabelecidos antes de consideradas as circunstâncias do caso concreto” (LEIVAS, 2015, p. 101).

Logo, o peso dos princípios em concreto não são as únicas variáveis da ponderação, mas também o peso abstrato. A distinção é importante, em especial no que tange a fórmula peso de Alexy, que propõe a análise abstrata para efeitos de verificar a relação de precedência condicionada.

A fórmula peso complementa a ponderação, constituindo parte do exame da proporcionalidade. Segundo Branco (2009, p. 188), ela “permite que se apure a medida de racionalidade, a satisfação das condições da argumentação prática racional e a adequação dos termos tomados e conta no processo decisório”. Alexy (2015c, p. 13) afirma que “se se quer ganhar uma análise precisa e completa da estrutura da ponderação, a lei da ponderação tem de, certamente, ser elaborada mais além”.

Bernal Pulido (2006, p. 66, tradução nossa) ressalta que a nova fórmula da ponderação dá conta que “quanto maior é o peso concreto do princípio P_i em relação com o princípio P_j à luz das circunstâncias do caso, tanto maior deverá ser o peso concreto do princípio P_j em relação com o princípio P_i à luz das circunstâncias do caso”.

Para as assertivas são efetivadas diversas fórmulas “matemáticas”, representadas por números e graus. Alexy (2015c, p. 20) ressalta, entretanto, que “os números, que devem ser empregados nas variáveis da fórmula peso, representam as classificações, que são carentes de uma fundamentação, que a fórmula peso mesma não pode prestar”. Na fórmula, busca-se o produto e o quociente de fatores. As variáveis são substituídas pelo número “2”. O grau leve

serão os seguintes: “0” para leve (resultado 1); “1” para médio (resultado 2); “2” para grave (resultado 4).

Importante também é a segunda lei da ponderação (epistêmica): “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (ALEXY, 2011a, p. 150). Isso leva a uma variável da fórmula peso: a segurança epistêmica. Alexy define três graus epistêmicos: certo ou seguro; sustentável ou plausível; e não evidentemente falso. Na fórmula os graus são diversos, reduzindo a uma escala decrescente (0; -1; -2).

A fórmula peso completa tem seguinte forma (ALEXY, 2011a, p. 151):

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Na primeira linha relaciona-se ao princípio-fim: I_i (importância, grau de satisfação no caso), G_i (peso abstrato); S_i (segurança epistêmica das premissas apoiadoras). Na linha abaixo: I_j (intensidade de intervenção), G_j (peso abstrato); S_j (segurança epistêmica das premissas apoiadoras).

Pulido (2006, p. 66) formula com mais especificidade da seguinte forma:

$$\frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} \leq \frac{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}{WPjC \cdot GPiA \cdot SPiC}$$

Nesse caso: $IPiC$ significa o grau de satisfação, importância do princípio que a medida visa concretizar; $GPiA$ significa o peso abstrato do princípio; $SPiC$ refere a segurança epistêmica das premissas do caso; $WPjC$ significa o grau de não satisfação ou de afetação do princípio; $GPjA$ significa o peso abstrato do princípio afetado; $SPjC$ refere a segurança epistêmica das premissas do caso.

Em cada caso serão preenchidos os elementos, avaliando se é proporcional em sentido estrito ou não a intervenção a um direito fundamental. Por isso é chamada de “fórmula peso”, porquanto é realizada uma verdadeira prova real para comprovar racionalmente a intervenção (ou não).

Havendo um empate na análise da ponderação, a questão fica no âmbito de discricionariedade do poder com maior legitimidade democrática: o Legislativo (ALEXY,

2015b). Gavião Filho (2011, p. 305) entende que mesmo com o refinamento do modelo triádico duplo os empates são possíveis, o que resulta no espaço para a livre ponderação do legislador.

A problemática está quando a medida avaliada é uma “regra”. Nesse caso entra em debate os “princípios formais”. Segundo Wang (2016, p. 442), um princípio formal determina que um agente adote a decisão de uma autoridade sempre que o agente não souber definitivamente qual é o equilíbrio objetivo de razões.

Porém, a intervenção nos direitos fundamentais não pode se dar de forma aleatória e discricionária pelo legislador. Em outras palavras, não há como conceber uma prevalência absoluta do princípio da competência decisória do legislador (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018).

A partir disso, questiona-se como se deve proceder a colisão entre princípios formais e materiais. A teoria dos princípios formais oferece três modelos: material-formal puro; material-formal misto (ou combinado) e epistêmico (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018).

O modelo material-formal puro admite a ponderação direta entre o princípio formal e o princípio material (WANG, 2016, p. 430). Segundo Alexy (2014, p. 517), esse modelo pode ser visto pela aplicação da fórmula de Radbruch.

No caso, houve ponderação direta entre o princípio material da justiça (que exprime conteúdo) e o princípio formal da segurança jurídica. Aplicada a fórmula, se tem a precedência do princípio formal em relação ao material nos casos em que a injustiça não é extrema. No entanto, em se tratando de injustiça extrema, há a precedência do princípio da justiça.

Dessa forma, a relação de precedência entre os princípios é dependente da avaliação das circunstâncias. O modelo material-formal misto, por sua vez, recusa a ponderação direta entre um princípio material e um princípio formal, admitindo, porém, a ponderação quando houver a combinação com um princípio material (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018).

Observando esses modelos, Alexy (2014b, p. 518) assevera que os dois primeiros modelos conduzem a vários problemas, quando direitos fundamentais estão em jogo, notadamente no caso do puro modelo material-formal. Isso porque, segundo o jurista alemão, uma interferência que não se justificar por qualquer razão material é desproporcional e arbitrária.

Alexy (2014b, p. 524), recorrendo a exemplos da mitologia grega, afirma que os princípios formais podem influenciar a ponderação de direitos fundamentais, sem se tornarem uma vítima da Cila¹⁰⁶ (modelo material-formal misto), ou do Caríbdis¹⁰⁷ (modelo da separação). Não basta um modelo que simplesmente adiciona os princípios formais à fórmula do peso como reforços de princípios materiais (modelo misto); ou um modelo que tenta separar a ponderação de princípios formais (ALEXY, 2014b, p. 524).

Alexy (2014b) oferece o modelo epistêmico, diretamente interligado à fórmula peso, não se estabelecendo ponderação direta entre o princípio formal e o material (WANG, 2016, p. 432). Aludido modelo considera o fator epistêmico na ponderação de princípios, exigindo alto grau das premissas apoiadoras para sustentar intervenção no direito fundamental (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018).

De acordo com o autor chinês, no modelo epistêmico, um princípio formal só entra em jogo no equilíbrio de segunda ordem, tendo a função de permitir ao legislador fundamentar a intervenção nos direitos constitucionais (em especial, fundamentais) com base em premissas incertas, reduzindo o impacto do peso substantivo dos princípios na ponderação de primeira ordem (WANG, 2016, p. 434).

A base do modelo epistêmico está, conseqüentemente, na chamada ponderação de segunda ordem. Enquanto a ponderação ligada à fórmula peso corresponde a uma ponderação de primeira ordem, a ponderação de segunda ordem está intimamente relacionada à justificação da incorporação da certeza epistêmica (ALEXY, 2014b, p. 520).

No ponto, verifica-se uma diferenciação entre ponderação de primeira ordem e de segunda ordem. Raz trabalha sua obra com “razões”. Discorre que “o conceito central para a explicação das normas é o de razões para a ação” (RAZ, 2010, p. 01). Ainda, consoante o autor (RAZ, 2010, p. 28), “a distinção entre razões de primeira e segunda ordens para a ação não tem sido reconhecida, nem debatida, pelos filósofos”.

Dessa forma, as razões têm uma dimensão de força. Aqui se percebe uma relação muito forte com a dimensão de peso dos princípios trazidas por Alexy e Dworkin. Algumas razões (leia-se, “princípios”) são mais fortes e outras são mais fracas. A razão mais forte supera a mais fraca (RAZ, 2010, p. 17).

¹⁰⁶ Na mitologia grega era uma bela ninfa que se transformou em um monstro marinho.

¹⁰⁷ Na mitologia grega, era uma criatura marinha protetora de limites territoriais no mar.

Nessa via, “uma razão de segunda ordem é qualquer razão para agir ou abster-se de agir com base em uma razão. Uma razão excludente é uma razão de segunda ordem para abster-se de agir com base em uma razão” (RAZ, 2010, p. 31). Mais a frente, diz que “as razões para a norma determinam seu peso, tanto como uma razão de primeira ordem quanto como uma razão excludente. Mas, na maior parte das situações, seu peso não está em questão. Ela prevalece em virtude de ser uma razão excludente” (RAZ, 2010, p. 74).

A formulação de Raz deve ser vista com cautela. Se entender a razão de segunda ordem como razão excludente e essa, a seu turno, razão de prevalência irrestrita, geraria um desequilíbrio epistêmico, especialmente quando se defende que princípios formais são razões de segunda ordem. Para o presente trabalho, é preciso utilizar a formulação no sentido de que “segunda ordem” refere-se às razões para agir ou abster-se de agir com base em uma razão: logo, fundamentos de sustentação.

Segundo Wang (2016, p. 444), também os princípios materiais são tanto razões de primeira ordem como razões de segunda (2016, p. 444). Em uma perspectiva de ponderação direta entre princípios materiais, são razões de primeira ordem. Por outro lado, princípios fundamentam regras, sendo, nessa perspectiva, razões para agir com base em uma razão. Wang (2016, p. 448) entende os princípios formais como um tipo especial de razões de segunda ordem, porquanto constituem razões para agir sobre as decisões da autoridade.

Os direitos fundamentais exigem não somente otimização material, mas também otimização epistêmica. O ponto decisivo da ponderação de segunda ordem é que direitos fundamentais como comandos de otimização epistêmica colidem com o princípio formal do legislador democraticamente legitimado, sendo necessário avaliar a precedência de modo a não fulminar um em detrimento de outro, sob pena de desproporcionalidade (ALEXY, 2014b, p. 521-522).

Na perspectiva da ponderação, os princípios formais, tomados como razões de segunda ordem, não afetam o peso dos princípios materiais, influenciando, porém, nas avaliações subjetivas da ponderação de razões (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018). Em resumo, a definição de princípios formais é importante para entender qual medida do nível de discricionariedade epistêmico do legislador democraticamente legitimado, assim como o limite de discricionariedade do próprio Poder Judiciário (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2018). O encaixe dos princípios formais permite tentar justificar a atuação da corte em caso de afastamento de uma regra, notadamente no que tange o controle de constitucionalidade (TRIVOSONNO; SALIBA; LOPES, 2014).

A ponderação deve ser levada efetivamente a sério, sempre levando em conta a racionalidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 256), o que, ao final, resulta no adequado uso do instituto. Ao final é necessário responder se as vantagens auferidas são superiores às desvantagens trazidas. Dessa forma, a sub-regra “determina o sopesamento entre as normas jurídicas válidas (princípios), e não entre valores, na busca da melhor solução correta, e não da única” (FIGUEIREDO, 2005, p. 195). Com efeito, “a ponderação consiste, enfim, numa técnica de decisão jurídica aplicável em casos difíceis, em relação aos quais a subsunção mostrou-se não ser suficiente para dar uma solução desejável” (GUIMARÃES, 2006, p. 48).

O controle da ponderação é tarefa difícil, notadamente pela viabilidade de análises subjetivas. Todavia, “carrega em si um a vantagem adicional: trata-se de um a forma de controle puramente persuasivo — a consistência da argumentação é que provará sua eficácia — e não coercitivo, permitindo amplo espaço de determinação ao Poder Judiciário” (BARCELLOS, 2008, p. 116).

Lima (2008b, p. 70) apresenta a seguinte estrutura da proporcionalidade:

Organograma 1:



Fonte: George Lima (2008b, p. 70).

Com isso, em sua acepção teórica, a proporcionalidade pressupõe o exame subsidiário das três sub-regras com os devidos enfrentamentos argumentativos. Contudo, de nada adianta expor a teoria sem contextualizá-la e demonstrar os motivos que a aproximam do ordenamento.

3.2.3 Uma aproximação da proporcionalidade ao ordenamento

Waldron (2003, p. 30) questiona: “sabemos como os legisladores argumentam. Mas sabemos realmente? Isto é, compreendemos realmente a que equivalem para fins jurídicos, a legislação e o raciocínio jurídico?”. Ora, se o contraponto à democracia representativa é a representação argumentativa, parece evidente que uma teoria voltada às decisões do legislador é imprescindível. Isto é, “a democracia, sobretudo a democracia deliberativa, exige cidadãos capazes de argumentar racionalmente e competentemente sobre ações e decisões” (PEIXOTO; ROESLER; BONAT, 2016, p. 216).

Por conseguinte, “a racionalidade da decisão legislativa passa a ser um objetivo, deve-se trabalhar com o estudo das diretrizes que precisam ser seguidas, topicamente, para que a decisão do legislador seja considerada racional” (MELO FILHO, 2018). Preocupar-se com a racionalidade legislativa é imprescindível, porque reconecta o Poder Legislativo ao Direito. Se houver uma racionalização efetiva no processo legislativo, conseqüentemente haverá uma maior efetividade ao aplicador da norma (CIRNE; JUNQUILHO, 2018).

Nessa via, importante ressaltar a contribuição de Manuel Atienza (1997). Segundo o autor, há cinco níveis (modelos ou ideias) de racionalidade legislativa: linguística¹⁰⁸, jurídico-formal¹⁰⁹, pragmática¹¹⁰, teleológica¹¹¹ e ética¹¹² (ATIENZA, 1997, p. 27-40).

Para Atienza (1997, p. 25) o estudo da legislação enfrenta três problemas distintos: (a) buscar uma unidade, uma articulação entre saberes, evitando que se recorra a um estudo

¹⁰⁸O primeiro nível de racionalidade proposta por Atienza (1997, p. 28-32), denominado “linguístico”, propõe uma busca de fluidez à mensagem normativa. Conforme o autor, a norma deve evitar ambiguidades sintáticas, comuns à linguagem jurídica. A lei deve ser clara para o destinatário final da norma. Está ligado, portanto, à forma de comunicação e à semântica.

¹⁰⁹A racionalidade jurídico-formal (ATIENZA, 1997, p. 32-36) tem como pressuposto que o sistema jurídico é um conjunto de normas validamente estabelecidas, sistematizadas e estruturadas. Com isso, a partir da noção de “ordenamento jurídico”, deve-se evitar lacunas, contradições e redundâncias, buscando a coerência e a harmonia.

¹¹⁰Atienza (1997, p. 36-37) fala que a racionalidade pragmática pretende definir que as leis sejam não apenas enunciados linguísticos, mas também direito em ação. Em outras palavras, o terceiro nível da racionalidade pretende definir quem tem poder para ser obedecido, bem como o dever de obediência dos destinatários. Como a lei deve ser obedecida e o modo de influência no comportamento humano são as pautas do pragmatismo.

¹¹¹Quando se aborda em racionalidade ou até mesmo interpretação “teleológica”, avalia-se o fim pretendido. Toda lei tem um fim. Não existe uma norma simplesmente por existir, há um plano de fundo: seja a concretização de um direito, uma proibição/restricção a um direito fundamental, ou um resultado prático. A racionalidade teleológica de Atienza (1997, p. 37-38) defende que a lei deve alcançar aos fins pretendidos de forma justificada. A lei deve produzir resultados.

¹¹²O último nível de racionalidade é um tanto abstrato. O nível ético (ATIENZA, 1997, p. 39-40) abrange questões de liberdade, justiça, igualdade e da dignidade da pessoa humana. Relaciona-se com valores de um Estado de Direito.

interdisciplinar; (b) distinguir técnica de teoria; (c) superar a crise atual do Direito, porquanto somente com a crise que é possível corrigir e melhora a qualidade técnica das leis.

Há análise interna, a partir da qual cada ideia de racionalidade constrói os elementos da atividade legislativa. O segundo tipo de análise é externo, o qual indica a relação que cada ideia tem entre si (ATIENZA, 1997, p. 28). Há, ainda, a incorporação de um sexto nível: a razoabilidade, a qual consistiria “na busca de um equilíbrio, uma ponderação, na hora de obter os níveis anteriores” (CIRNE; JUNQUILHO, 2018). Ou seja, a busca de critérios para implementar racionalidade na atividade legislativa é primordial em tempos de crise. Nesse panorama, deve-se limitar o espectro de atuação do Poder Legislativo a um processo de racionalidade¹¹³.

Em verdade, a maior parte das teorias argumentativas podem ser utilizadas para balizar esse processo de racionalidade. Nessa via, também está a proporcionalidade. Ora, a Constituição não prevê a aplicação dessa. Não há nenhum dispositivo que saliente que os conflitos ou colisões que envolvam princípios ou direitos fundamentais serão resolvidos pela proporcionalidade. Não há nada que indique a proporcionalidade como um método constitucional (nem infraconstitucional), de modo que vincule o aplicador do Direito. Virgílio Afonso da Silva sistematiza:

Boa parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, e Suzana de Toledo Barros. Esta é uma tendência que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina. Há também quem encontre o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais. É o caso, por exemplo, de Suzana de Toledo Barros, Antonio Magalhães Gomes Filho, e de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Segundo esses autores, fundamentam a aplicação da proporcionalidade os artigos 5º, II (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, caput (princípio republicano), 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), habeas data (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a). No mesmo sentido, e provavelmente como inspirador dos autores citados, leciona Paulo Bonavides (SILVA, V. 2002, p. 42).

Seja como for, coaduna-se com a ideia de que a lógica da proporcionalidade está enraizada no Estado Democrático de Direito, “onde os direitos fundamentais são o centro de

¹¹³ Como já destacado no tópico 2.2.1, a proposta tem traços idealista, até mesmo utópicos. No entanto, as “regras” necessitam justificativas. Nada impede que sejam traçados elementos para o controle efetivo da “justificativa”: transpassar argumentos políticos e adentrar também em argumentos jurídicos.

todo o ordenamento constitucional” (GUIMARÃES, 2006, p. 101) ¹¹⁴. Pode-se afirmar que, mesmo não estando expressa na Constituição qualquer normatização acerca dos limites e das restrições aos direitos fundamentais, há uma decorrência implícita da norma constante no *caput* do artigo 1º da CF (FREITAS, 2007, p. 186).

Com isso, a partir da compreensão de que a proteção aos direitos fundamentais decorre logicamente do princípio do Estado Democrático de Direito, a proporcionalidade torna-se valioso instrumento para o ordenamento (FREITAS, 2007, p. 186).

Portanto, “se se entende, no entanto, que a regra da proporcionalidade decorre logicamente do fato de os direitos fundamentais, em sua maioria, serem princípios, e não regras, não há como tentar afastar a aplicação da regra da proporcionalidade, sob o argumento de que não há previsão constitucional a respeito” (SILVA, V. 2002, p. 44-45).

Mesmo que não haja uma regra específica determinando a forma de aplicação, uma decisão devidamente fundamentada será proporcional, isso é, perpassará pelo juízo de adequação, necessidade e ponderação. Para Alexy, “todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais e essas, novamente, do princípio da proporcionalidade” (ALEXY, 1999, p. 77).

Como se vê, a regra da proporcionalidade disponibiliza um caminho a ser trilhado nos casos em que há colisão. Embora não esteja prevista na Constituição – ou mesmo no ordenamento infraconstitucional. Vê-se que a proporcionalidade, mesmo que de forma tímida, e sem qualquer status de norma imperativa constitucional, de forma absolutamente natural surge em decorrência da possibilidade do controle dos atos do Poder Executivo e Poder Legislativo, com o fito de avaliar a proporção entre os fins almejados e os meios empregados (GUIMARÃES, 2006, p. 98).

As relações humanas são variáveis e complexas, o que faz por concluir a inviabilidade de uma teoria absoluta. Não se pode afirmar que os parâmetros trazidos pela regra da

¹¹⁴ Para Luiz Fernando Calil de Freitas, “a formulação consubstanciada no princípio do Estado Democrático de Direito tem como escopo superar o desencanto decorrente da não-realização concreta das aspirações e necessidades da sociedade” (FREITAS, 2007, p. 186). Para Heck (1998, p. 162): “as raízes do preceito da proporcionalidade estão no princípio do Estado de Direito, razão pela qual é deste derivado e tem, por isso, status constitucional. Da mesma forma, o preceito da proibição de excesso, que, em consonância com a situação concreta, é conjugado com o preceito da proporcionalidade. O preceito da proporcionalidade é, também, resultante dos direitos fundamentais. Esses, como direitos defensivos, têm um conteúdo de proporcionalidade distintamente reconhecível; em sua interpretação e aplicação, a jurisprudência desenvolveu critérios, praticáveis e no geral reconhecidos, para o controle de intervenções estatais, como, por exemplo, o preceito da proporcionalidade”.

proporcionalidade resolverão os conflitos envolvendo direitos fundamentais, nem mesmo que a ponderação (e a “fórmula peso” de Alexy) é o único meio para colisões principiológicas.

Contudo, para o estabelecimento de estruturas para justificação racional e de correção, é adequada e funcional (BUSTAMANTE, 2006, p. 106). E, como as raízes do Estado Democrático de Direito se inserem na razão de ser do ordenamento jurídico, toda a lógica da sistemática da confecção de normas, bem como a lógica da aplicação do Direito em caso de colisões, traz a bojo a ideia de ponderação e proporcionalidade.

O legislador, ao formular as regras, faz um exame prévio da proporcionalidade e suas três sub-regras. Ninguém é ingênuo de pensar que o legislador faz uma análise detida dos elementos da proporcionalidade ao elaborar uma regra. Seria, inclusive, exigir algo – no contexto brasileiro – inalcançável e, até mesmo, inexigível.

Contudo, o legislador ao formular uma regra faz uma opção: elege um meio que define um comando definitivo. Esse meio tem por objetivo o atingimento de um fim (a concretização de um princípio, por exemplo). Para essa relação estabelecida na norma, em alguns casos, há uma limitação a um princípio colidente, por vezes, um direito fundamental.

Em outras palavras, “o que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário” (SILVA, V. 2014, p. 52). Com efeito:

Ao legislador incumbe estabelecer restrições aos direitos fundamentais, assim como o de preencher seus cometidos e aclarar seus limites, movendo-se pela via da ponderação tanto em face de reservas legais simples ou qualificadas, quanto em decorrência de autorização constitucional implícita de molde a coordenar o convívio dos direitos fundamentais entre si e para os demais bens constitucionalmente protegidos (FREITAS, 2007, p. 189).

Ora, as regras em especial são, por natureza, limitadoras de direitos fundamentais. A título exemplificativo, tomemos a regra que determina o uso obrigatório de cinto de segurança (art. 65 do Código de Trânsito Brasileiro). O meio definido pelo Legislador é claro: “uso do cinto de segurança obrigatório”; o fim pretendido, “proporcionar maior segurança aos passageiros em caso de colisão do veículo”. Com base nos dados técnicos que definem que o uso do cinto de segurança evita, em alguns casos, acidentes fatais, foi feita uma opção.

Entretanto, verifica-se que o legislador está impondo uma limitação ao direito fundamental de liberdade de escolha do indivíduo. Afinal, a vida é de quem? Não pode o

indivíduo escolher não usar o cinto de segurança se a vida que está em jogo é a dele e não de outrem? Não temos a opção de escolher viver ou não? Como pode ser o indivíduo penalizado por algo que afeta somente a ele? Observa-se: uma simples e ingênua regra gera uma grande problemática. A questão é que o legislador fez a opção pela segurança e pelo direito à vida, limitando a liberdade de escolha do sujeito (nesse ponto, a ponderação). Realizou, pois, um exame – mesmo que involuntário – da regra da proporcionalidade.

Nesse viés, verifica-se que é plenamente plausível a análise da produção legislativa brasileira sob a ótica da proporcionalidade, bem como o consequente problema da desproporcionalidade das normas (BOTTINI, 2010), de modo que “o legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade” (SCHWAB, 2005, p. 235). Acentua Ávila (2013, p. 180) que a “proporcionalidade exige que o poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”.

Em contrapartida, se “uma medida legislativa não [for] idônea [...] no momento de sua publicação pelos conhecimentos e convicções existentes, era exigível ao legislador antever a sua ineficácia para contribuir para com a realização do fim” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 243). A análise genética das normas numa perspectiva da proporcionalidade é impositiva.

Quanto ao ponto, interessante recorrer à proposta de Jorge Novais. Originalmente, a proposta fixa-se no âmbito da jurisdição constitucional. Porém, sua releitura é apropriada no âmbito do Poder Legislativo.

Partindo da hipótese de que “pouco ou nada se avança em termos de racionalização e objectivização” (NOVAIS, 2012, p. 127) em termos de ponderação, o autor defende que é potencialmente mais produtivo o que designa como controle de proporcionalidade (na acepção de proibição do excesso) (NOVAIS, 2012, p. 128).

O autor propõe inicialmente que “o controlo de proporcionalidade não deve resumir-se a uma prática de controlo sucessivo da observância dos vários subprincípios ou máximas da proibição do excesso” (NOVAIS, 2012, p. 129).

Segue ressaltando que o panorama é alterado quando é abandonado o controlo teste a seguir a teste (verificação sucessiva das sub-regras) e é seguida uma lógica comparativa entre medidas restritivas alternativas, considerando a eficácia e o grau de sacrifício produzido (NOVAIS, 2012, p. 130). O autor propõe um escalonamento de 0 a 10 para definir o grau.

Dessa forma, supõe-se um caso em que a medida restritiva “A” tem um grau de aptidão, eficácia 04; por outro lado, tem um grau de sacrifício 07. Num exame sucessivo, a medida será apta para atingir o seu fim; necessária, uma vez que não há outras medidas alternativas; todavia, ao final, desproporcional em sentido estrito porque o grau de sacrifício é superior ao grau de aptidão (NOVAIS, 2012, p. 131-132). Nessa senda:

Tabela 1:

Medida restritiva	Aptidão	Sacrifício
A	4	7

Fonte: Jorge Reis Novais (2012, p. 132).

No entanto, para o autor (NOVAIS, 2012, p. 132-133), a introdução de uma alternativa “B” muda significativamente a análise:

Tabela 2:

Medida restritiva	Aptidão	Sacrifício
A	4	7
B	3	2

Fonte: Jorge Reis Novais (2012, p. 132).

Como se vê, mesmo com um grau de aptidão menor, a medida alternativa oferecia um menor sacrifício. Por essa razão, a medida “A” sobrepujou as análises iniciais da aptidão e necessidade. Comparando, desde o início, verifica-se, de pronto, que a medida “A” é desproporcional.

Portanto, o Poder Legislativo poderá, para um eventual pleito da sociedade, verificar de forma esquematizada as medidas que poderá tomar, realizando um exame da adequação, necessidade e ponderação conjuntamente. Aliás, entender que o legislador elabora as normas nessa perspectiva, traz uma racionalidade ao sistema, concedendo uma nova ótica até mesmo à (im)possibilidade de afastamento de regras impositivas, legitimando inclusive a atuação do Poder Judiciário para a (re)análise da proporcionalidade, com as devidas observações e limitações.

Esse olhar do ordenamento pode ser, por um lado, benéfico, porque potencialmente racionaliza o Direito como unidade lógica. Por outro, pode ser prejudicial, porque

institucionaliza a possibilidade de usar indistintamente a proporcionalidade, o que acaba por banalizar o instituto.

Diante dos aspectos abordados, conclui-se: (a) a distinção entre regras e princípios é essencial para compreender a proporcionalidade; (b) os direitos fundamentais são princípios; (c) há uma relação de precedência entre as regras e os princípios, o que designa papel essencial às regras; (d) a proporcionalidade estabelece um raciocínio lógico-jurídico para a solução de conflitos, que observa três passos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); (e) os direitos fundamentais são princípios; (f) a colisão entre princípios é resolvida pela ponderação; (g) os princípios formais possuem papel importante na teoria; (h) o processo legislativo necessita uma racionalização; (i) a proporcionalidade no processo legislativo pode ser um instrumento importante para angariar essa racionalidade; (j) é possível visualizar o ordenamento sob a ótica da proporcionalidade, especialmente porque há um raciocínio lógico aparentemente adequado para decisões judiciais e para a confecção de regras.

Tendo em vista essas conclusões parciais, o capítulo final pretende expor como a proporcionalidade é aplicada nos tribunais brasileiros. A partir dos elementos do Estado de Direito¹¹⁵, do diálogo entre os poderes (e do espectro amplo de atuação)¹¹⁶, dos pressupostos teóricos abordados no presente capítulo¹¹⁷, será realizada a análise das decisões e de críticas à proporcionalidade, com a perspectiva de apresentar soluções e estabelecer o uso adequado do instituto.

¹¹⁵ Primeira expressão do título da dissertação (Estado de Direito).

¹¹⁶ Segunda expressão do título da dissertação (Jurisdição).

¹¹⁷ Terceira expressão do título da dissertação (Proporcionalidade).

4 A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

A maior dificuldade da proporcionalidade está na forma que é aplicada nos tribunais. Não são poucos os estudos no Brasil sobre a proporcionalidade, com os mais diferentes vieses. Da mesma forma, não são raras as decisões que utilizam o “princípio da proporcionalidade”.

Ocorre, todavia, que as decisões utilizam a proporcionalidade muitas vezes de forma aleatória. Por essa razão, nesse capítulo pretende-se abordar as principais “facetas” da proporcionalidade nos tribunais. Na primeira parte, o estudo será basicamente expositivo.

Para delimitar a pesquisa, serão expostas apenas decisões do STF e do TJ/RS de forma ilustrativa, sem uma análise exauriente. Para fins de organização, é proposta inicialmente uma divisão da proporcionalidade em matérias¹¹⁸. Essa divisão já demonstra a dimensão que se dá à proporcionalidade atualmente.

Posteriormente, em uma segunda parte, serão realizadas conclusões parciais, analíticas e críticas. Nessa parte, serão retomadas as decisões expostas no primeiro tópico, com o intuito de ilustrar as constatações. No final, a partir da estrutura da proporcionalidade (segundo capítulo), das inúmeras facetas dessa na jurisprudência (primeira parte do terceiro capítulo), das conclusões críticas (segunda parte do terceiro capítulo), das complexidades do ordenamento (primeiro capítulo) e dos elementos do Estado de Direito (primeiro capítulo), será realizado um exame da proporcionalidade, com a perspectiva de definir propostas aplicativas, bem como o seu devido lugar.

4.1 A PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS

No TJ/RS são mais de 15 mil decisões em que a proporcionalidade foi citada (ANEXO A, ANEXO B). No STF, há mais de 1000 decisões sobre o tema em suas mais variadas facetas (ANEXO C). Isso revelaria, teoricamente, que o Poder Judiciário enfrenta muitos casos que ocorrem colisões entre direitos fundamentais: diversos *hard cases*. Contudo, o mundo do “dever ser” está afastado do mundo do “ser”: a proporcionalidade é usada das mais variadas formas, nas mais diversas matérias/disciplinas. Há diariamente decisões no primeiro

¹¹⁸ Serão verificadas apenas algumas das decisões. A pretensão é exemplificar, não esgotar a temática.

grau de jurisdição, nos tribunais estaduais, federais e nas cortes superiores (STF e STJ) utilizando o “princípio da proporcionalidade” nas mais variadas matérias e significados¹¹⁹.

Não há como negar que a proporcionalidade é utilizada deliberadamente sem a métrica teórica. Contudo, Alexy não “patenteou” a “proporcionalidade” e não se pode ser ingênuo de pensar que todas as vezes que se fala no termo, se está dirigindo (ou pretendendo dirigir) aos conceitos trabalhados. Nada impede ao julgador utilizar a proporcionalidade em sentido diverso do teorizado (na acepção literal da palavra, por exemplo).

No entanto, a partir da verificação do uso desenfreado, conclui-se que há verdadeira confusão entre conceitos e teorias. Tal desordem não permite definir com clareza quando se pretende utilizar o instrumento de forma efetiva.

Com isso, a exposição das decisões tem o intuito de demonstrar um panorama geral (como se “usa” a “proporcionalidade” *lato sensu*). A verificação de forma separada e por matéria, facilita a compreensão, demonstrando também a extensão que tomou a proporcionalidade nos últimos anos.

4.1.1 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Penal

No Direito Penal, a maior parte das decisões reporta-se à proporcionalidade como um critério na mensuração da dosimetria da pena. Segundo Bottini (2010, p. 270), “a proporcionalidade [...] caracteriza-se como o princípio que qualifica a pena aplicada de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado”¹²⁰.

No âmbito regional, há outras aplicações também na dosimetria da pena. Em apelação crime (RIO GRANDE DO SUL, 2018f), o TJ/RS, ao analisar a dosimetria, destacou que a existência de processo-crime contra o indivíduo é motivo suficiente para aumentar a pena-base, notadamente as vetoriais da conduta social e personalidade.

Isso porque, conforme a julgadora, “observando o princípio da proporcionalidade e da isonomia (porque não pode receber tratamento penal idêntico àquele que nunca enveredou

¹¹⁹ Conforme Ávila (2013, p. 183): “o postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia e proporção em suas mais variadas manifestações”.

¹²⁰ Em sua tese de doutorado, Fausto Santos de Moraes (2013, p. 156) destaca que “com relação à dosimetria da pena, o princípio da proporcionalidade ganha um sentido comum empregado pelos Ministros do STF”. Nessa via, cita o HC 83.191/DF (BRASIL, 2004b) e o HC 97.056/DF (BRASIL, 2011), “em que a referência nominal serve para indicar a correção ou incorreção da pena aplicada diante da previsão legal e do caso concreto” (MORAIS, 2013, p. 156).

pelo caminho ilícito), perfeitamente justificável sopesar os registros nesta fase do processo dosimétrico” (RIO GRANDE DO SUL, 2018f). Nessa via, entendendo pela não vinculatividade da Súmula 444 do STJ¹²¹ (BRASIL, 2010), a pena base foi agravada.

Por outro lado, na apelação crime nº 70076166453 (BRASIL, 2018g), a proporcionalidade foi utilizada para redimensionar a multa aplicada, uma vez que também foi modificada a pena privativa de liberdade do sujeito. Assim, utilizou-se a proporcionalidade para o fim de angariar proporção entre a pena privativa e a multa.

Em outro caso (RIO GRANDE DO SUL, 2018h), a proporcionalidade foi utilizada em um viés diferente. Na denúncia, foi relatado que o vizinho da vítima, sabendo que essa estava sozinha, ingressou no interior da casa pedindo genericamente aulas de informática e um copo d’água. No interior da casa, chaveou a porta da cozinha, aproximou-se da vítima e – aproveitando-se da vulnerabilidade desta em razão de sua idade (à época tinha 12 anos) – passou a tocar em seus seios, coxas e nádegas. Diante da oposição da vítima, o denunciado saiu da casa. Os fatos foram comprovados na instrução penal e o indivíduo foi condenado.

A decisão, entretanto, frisou que “as alterações da Lei n. 12.015 de 2009 evidenciam, em seu próprio texto, que a diversidade de condutas incriminadoras foram indevidamente aglomeradas no mesmo tipo penal” (RIO GRANDE DO SUL, 2018h). Ou seja, o art. 217-A do CP, não discrimina a intensidade do ato, inserindo no mesmo tipo penal condutas diversas (“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”).

Observando que seria excessivo condenar o indivíduo à mesma pena que outro que praticou a conjunção carnal, por exemplo, entende-se “viável a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso, reconhecendo-se a minorante genérica da tentativa” (RIO GRANDE DO SUL, 2018h).

Na ação penal 927 (BRASIL, 2018a), um caso *sui generis*. A ação penal foi proposta originalmente no Juízo da 17ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia em face de Benevenuto Daciolo Fonseca dos Santos (Cabo Daciolo), pela suposta prática de fatos ocorridos durante o movimento grevista dos policiais militares no Estado da Bahia entre 31 de janeiro a 11 de fevereiro de 2012.

¹²¹ Diz a Súmula: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Eleito deputado federal (razão do foro privilegiado), o próprio Cabo Daciolo, em co-autoria com o deputado Edmilson Rodrigues (Psol-PA), propôs projeto que anistiava bombeiros e policiais militares de diversos estados que participaram de movimentos grevistas. O projeto foi convertido na lei nº 13.293, de 1º de junho de 2016, devidamente sancionada.

A partir dessa lei, foi suscitada a questão de ordem. O Min. Barroso entendeu pela extinção da punibilidade, porquanto “o Poder Legislativo tem competência constitucional para o tema, e que seu exercício se deu, neste caso, sem afronta aos princípios constitucionais da moralidade e da proporcionalidade” (BRASIL, 2018a).

Outro caso importante, refere-se à possibilidade do aborto até o primeiro trimestre (BRASIL, 2016b). No caso, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ deferiu a liberdade provisória aos pacientes, presos em flagrante pela suposta prática do crime descrito nos art. 288 (formação de quadrilha), combinado com o 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante), em concurso material – por quatro vezes –, ambos do Código Penal.

Após a reversão da decisão no Tribunal de Justiça e os recursos devidos, impetrou-se HC no STF. O remédio constitucional não foi conhecido, mas se concedeu da ordem de ofício com base em dois grandes fundamentos: (a) a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva; e (b) a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (BRASIL, 2016b).

Conforme Barroso, “é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, já que a existência do crime é pressuposto para a decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do art. 312 do CPP” (BRASIL, 2016b). Em seguida, referiu o Min. que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade” (BRASIL, 2016b).

Consoante o Min, “o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência” (BRASIL, 2016b). Após a análise, o Min. salientou a experiência comparada, ressaltando que a consequência jurídica seria a não recepção da norma (o CP é de 1940 e a CF de 1988).

Ainda nessa temática, destaca-se a questão do aborto dos fetos com anencefalia (BRASIL, 2013). O Min. Marco Aurélio frisou que “não se coaduna com o princípio da

proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina” (BRASIL, 2013).

O Min. César Peluso a seu turno afirmou que o “processo argumentativo passa, desse modo, a depender da aplicação do princípio da proporcionalidade com base nos seus subprincípios” (BRASIL, 2013). O Min. Luiz Fux asseverou que “a grave intromissão nos direitos fundamentais que representam as penas e as medidas de segurança deve estar sujeita ao mesmo princípio que deve legitimar qualquer afetação de direitos fundamentais por parte do Estado, vale dizer, o princípio da proporcionalidade”.

Para o Min., “à luz do princípio da razoabilidade sobre o impacto da proporcionalidade” não é justo “penalmente se relegar essa gestante aos bancos de um Tribunal do Júri para responder por aborto pelo fato de ter antecipado o parto”. Ao final, decidiu-se que “mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (BRASIL, 2013).

Outro caso palpitante no âmbito penal: a possibilidade (ou não) da execução provisória da pena após o esgotamento das vias ordinárias, leia-se tribunais estaduais e/ou federais (BRASIL, 2016a). No caso, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator Teori Zavascki, denegou a ordem, vencidos os Min. Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, o que possibilitou, em última análise, a execução provisória da pena (BRASIL, 2016a).

Importante destacar o voto do Min. Barroso, que decidiu a questão à luz da proporcionalidade. Isso porque, conforme o Min. há dois grupos de normas constitucionais colidentes: o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e o “interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal” (BRASIL, 2016a).

Após a análise da questão, o Min. entendeu que “à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição” (BRASIL, 2016a) não implica em violação à presunção de inocência, porquanto fica justificada a promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

4.1.2 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Eleitoral

No Direito Eleitoral, a proporcionalidade está sendo utilizada principalmente no STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade. Pode-se destacar, nessa via, a MC na ADI 4.467/DF, que discutia a constitucionalidade da Lei nº 12.034/09, mais precisamente dos arts. 91-A da Lei nº 9.504/97 e 47, § 1º da Resolução TSE 23.218/2010, que exigiam a apresentação do título eleitoral e um documento oficial com foto para comprovação a identidade do eleitor (BRASIL, 2009c).

A relatora Ministra Ellen Gracie entendeu que “não se mostra cabível, dessa maneira, interpretação que torne o *caput* do art. 91-A da lei 9.504/97, inserido pela lei 12.034/09, impedimento ao voto do eleitor” (BRASIL, 2009c). Para ela seria suficiente a identificação por documento oficial com fotografia. Orientação diversa (conforme a lei), “revela-se ofensiva ao princípio da razoabilidade, pois impõe exigência desmedida que se afasta da finalidade que a norma buscou alcançar” (BRASIL, 2009c).

Inicialmente, o Min. Ricardo Lewandowski efetivou a seguinte proposta: “mesmo na ausência do documento oficial, se positivamente identificado o eleitor pelo presidente da Mesa receptora de votos, que é uma autoridade no momento da eleição, ele poderá exercer esse direito fundamental” (BRASIL, 2009c). Essa identificação seria aferida “por todos os meios de prova em direito admitidos” (BRASIL, 2009c). Ou seja, bastaria portar o título (que não tem fotografia). Após as considerações dos Min. Marco Aurélio e Gilmar Mendes, foi retirada a sugestão.

Para o Min. Gilmar Mendes, “o princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites” (BRASIL, 2009c), atuando como proibição dos excessos legislativos. Na ótica da proporcionalidade, tendo em vista os fins pretendidos (segurança da eleição e evitar fraudes), o Min. expôs o seguinte: “tenho sérias dúvidas sobre o tema e pretendo me debruçar sobre ele por ocasião do julgamento do mérito da ação. Mas, hoje, tenho a impressão de que o legislador está atuando dentro de suas margens de ação e não há qualquer medida desproporcional” (BRASIL, 2009c)¹²². Restou vencedor o voto da relatora, anteriormente exposto.

¹²² Agiu o Min., em última análise, preservando a margem discricionária (supostamente um “empate” na análise da fórmula peso.

Na recentíssima ADPF nº 541 (BRASIL, 2018b) identifica-se temática semelhante. Discutia-se, em resumo, o cancelamento do título do eleitor que não atendeu ao chamado para cadastramento biométrico obrigatório. Para o Min. Barroso, “o recadastramento não afetou desproporcionalmente os mais pobres” (BRASIL, 2018b), em especial porque “a revisão eleitoral é precedida de ampla divulgação e da publicação de edital para dar ciência à população” (BRASIL, 2018b). Afirmou que não haveria violação à soberania popular, porquanto razoável determinar o recadastramento do eleitor.

O Min. Ricardo Lewandowsk divergiu, asseverando que há drástica violação ao princípio da soberania popular, influenciando decisivamente no resultado das eleições. Por essa razão, o mesmo concedia a liminar na ADPF para que “no dia do primeiro turno das eleições, devidamente munidos de um documento oficial de identificação, possam [os eleitores que não fizeram o recadastramento] votar manualmente, depositando-se os seus votos em urnas de lona” (BRASIL, 2018b). Em sessão plenária, o STF, por maioria de votos, julgou válidas as normas.

Outro caso importante no âmbito eleitoral diz respeito à discussão da (in)constitucionalidade da lei da ficha da limpa (LC 135/2010), por meio do julgamento conjunto da ADC 29/DF (BRASIL, 2012a), ADC 30/DF (BRASIL, 2012b) e ADI 4.578/DF (BRASIL, 2012c). Na ementa fica consagrado o uso da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico (BRASIL, 2012a, 2012b, 2012c).

O julgamento é pautado por um amplo debate sobre a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 135/2010, dentre as quais se pode ressaltar a hipótese do artigo 1º, inciso I, alínea “e”, que impõe a inelegibilidade dos que “forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena” (BRASIL, 2012a), por uma série de crimes, dentre os quais a lavagem de dinheiro.

Assim, analisou-se a proporcionalidade da medida legislativa (lei), verificando se as restrições impostas pelo legislador superariam as restrições impostas. Para o Min. Luiz Fux, “cuida-se, afinal, de validar a ponderação efetuada pelo próprio legislador” (BRASIL, 2012a),

de modo a “prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento do conceito de vida pregressa do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo” (BRASIL, 2012a). Aduz, ainda, que “se vislumbra proporcionalidade nas mencionadas hipóteses legais de inelegibilidade – todas passam no conhecido triplo teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (BRASIL, 2012a).

O Min. Gilmar Mendes frisou que “o princípio da proporcionalidade funciona, aqui, como proibição de excesso do legislador” (BRASIL, 2012a), havendo, no caso (em especial em relação ao art. 1º, inciso I, alínea “e”), “desproporção entre a medida legislativa adotada e o objetivo a ser alcançado” (BRASIL, 2012a).

O Min. Marco Aurélio, a seu turno, frisa que “tudo ocorre a partir do bom-senso, da ordem natural das coisas, da razoabilidade, da proporcionalidade, tendo em conta esse conceito que disse ‘aberto’, que é o alusivo à vida pregressa, ou seja, o que vem antes” (BRASIL, 2012a). Houve parcial procedência da demanda.

4.1.3 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Administrativo

No âmbito do Direito administrativo a ideia de proporção está intimamente ligada entre o gravame criado por um ato e o fim por ele perseguido, bem como na avaliação da intensidade do gravame, as vantagens e desvantagens, ganhos e perdas. Tudo, porém, perpassa sem limites ou critérios (ÁVILA, 2005, p. 112).

Em apelação cível (RIO GRANDE DO SUL, 2016b) fica retratado um de milhares casos que passam pelo crivo do Judiciário diariamente¹²³. Especificamente nesse, o servidor público da prefeitura havia sido demitido após ser imputada sua responsabilidade por acidente com máquina de propriedade do município. Segundo a comissão instaurada no PAD, seria passível a pena de demissão, mas face as peculiaridades do caso, seria suficiente a suspensão cumulada com multa. Entretanto, a assessoria jurídica do município forneceu parecer pela demissão destacando que ficou constatada a ausência de zelo e dedicação do servidor, que deixou de conservar o patrimônio público. Esse parecer foi acolhido pelo prefeito (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

¹²³ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL, 2014; RIO GRANDE DO SUL, 2017a; RIO GRANDE DO SUL, 2017b.

Após o julgamento de improcedência no primeiro grau, o Tribunal entendeu que “a penalidade de demissão aplicada ao demandante afrontou manifestamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cuja observância é impositiva por parte da autoridade para no exercício do Poder Disciplinar” (RIO GRANDE DO SUL, 2016b). Então seria questionável até mesmo “a existência de desídia ou de negligência do servidor na condução da máquina a ensejar a responsabilização” (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Por outro lado, no RE-AgR 365.368/SC (BRASIL, 2007), a proporcionalidade foi utilizada em outro sentido. No caso, restou ajuizada ADI no âmbito do Tribunal Estadual, julgada procedente. Como o recurso extraordinário do Município não foi recebido, o agravo foi interposto.

A ação originária discutia ato normativo municipal que criou cargos de comissão a serem lotados nos gabinetes dos vereadores. Em suma, defendeu-se a desproporcionalidade entre os motivos geradores da resolução e o ato editado, em especial porque dos 67 funcionários da câmara municipal, 42 foram nomeados livremente (BRASIL, 2007).

O STF confirmou a decisão do Tribunal de Justiça, frisando que “a disparidade entre a quantidade de atribuições a cargo dos servidores efetivos da Câmara Municipal e as atividades típicas de assessoramento parlamentar dos 42 cargos criados” (BRASIL, 2007) evidencia a violação ao princípio da proporcionalidade, a qual constitui “uma correlação entre meios e fins” (BRASIL, 2007).

Isso porque “o princípio da exigibilidade do concurso público é a regra geral, constituindo-se exceção a criação de cargos em comissão e de confiança” (BRASIL, 2007). Ou seja, embora “não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível” (BRASIL, 2007), pois há limites, pelos quais o Poder Judiciário deve atuar.

4.1.4 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Tributário

No Direito Tributário, a proporcionalidade está muito presente nas decisões, sendo critério importante e usual. De acordo com Ávila (2001, p. 31), a aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário depende do efeito e da finalidade das normas a serem aplicadas.

No primeiro caso (RIO GRANDE DO SUL, 2015) discutia-se a possibilidade de incluir empresa no Simples Nacional. O art. 17, V, da LC nº 123/06, dispõe que a empresa que possui débito com o INSS ou Fazendas Públicas, cuja exigibilidade não esteja suspensa, não pode ser incluída no regime fiscal.

No caso, a empresa possuía débito de Taxa de Localização com a Fazenda Pública Municipal em aberto na data limite para realizar a opção, o que ensejou o indeferimento da inclusão. O Tribunal destacou a plena aplicabilidade e validade do dispositivo (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Entretanto, diante das peculiaridades do caso, foi concedida a segurança, a um porque o valor não era expressivo (R\$ 110,10), a dois porque a quitação da taxa deu-se apenas um dia após a data limite. Ou seja, entendeu o Tribunal, que a empresa não poderia ser excluída do SIMPLES, pois a medida seria gravosa, não atendendo “ao princípio da proporcionalidade, cumprindo atentar à própria LC 123/06, que estabelece normas relativas ao ‘tratamento diferenciado e favorecido’ a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte” (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

O segundo caso trazido (RIO GRANDE DO SUL, 2010) aborda outra questão recorrente no Direito Tributário. No particular, as empresas impetraram mandado de segurança visando a obtenção de autorização para a impressão de documentos fiscais, o que foi negado administrativamente, condicionando “a concessão daquela à prestação de garantia relativamente ao ICMS vincendo equivalente a um período de seis meses” (RIO GRANDE DO SUL, 2010). Esse obstáculo da Fazenda Pública encontrava fundamento em regulamento estadual.

Porém, tanto em sede de liminar, quanto em sede de agravo, concluiu-se que a proibição da emissão de Autorização para Impressão de Documentos Fiscais (AIDFs) fere o princípio da proporcionalidade, “não se mostrando meio necessário a fazer valer o direito do Estado, antes inviabilizando o exercício da atividade profissional” (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Semelhante conclusão do STF por meio do julgamento do RE 413.782-8/SC (BRASIL, 2005). No caso, o STF estava apreciando a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 19 do Decreto nº 3.017/89 (BRASIL, 2005). Discutiu-se a proibição de impressão de notas fiscais em bloco quando o contribuinte está em débito para com o fisco (somente seria possível a expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa).

O Min. Cezar Peluso salientou que a medida utilizada pelo fisco para impor a obrigação tributária seria desproporcional, ofendendo ao princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2005).

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, frisou que o meio eleito pelo Estado não passaria no teste da proporcionalidade, porquanto, mesmo que adequada para o fim almejado, não seria necessária, pois há outros meios menos gravosos para a cobrança do tributo. Destacou, ainda, a ofensa ao livre exercício da atividade profissional (BRASIL, 2005). Ao final, declarou-se a inconstitucionalidade da norma.

4.1.5 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito Civil

O Direito Civil abrange diversas áreas: contratos, responsabilidade civil, direitos reais, família, sucessões. Em todas as áreas, são verificadas decisões mencionando a proporcionalidade.

No primeiro caso trazido à baila (RIO GRANDE DO SUL, 2012), a autora, na condição de bióloga atendeu uma jornalista (preposta da ré, TV GLOBO), que se dizia paciente. Após a consulta, a repórter identificou-se à autora. Ocorre que a dita paciente estava munida de “câmera oculta” e tinha o objetivo de “noticiar excessos ou distorções praticados no âmbito da denominada medicina ortomolecular” (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Em 21.03.2010 foi exibida a reportagem no programa “Fantástico”, com trechos da “consulta”. Alegou a autora danos de ordem moral, pelas seguintes razões: (a) na matéria foi exibida parte de gravação não autorizada de sua imagem, em atendimento prestado; (b) na qualidade de bióloga, prestou atendimento inicial de rotina da Clínica e prévio à consulta com o profissional responsável; (c) não prescreve medicamentos e profere diagnósticos; (d) trechos da gravação não foram veiculados, sendo que nesses tinha deixado claro que diagnósticos e prescrições medicamentosas eram de responsabilidade do médico; (e) na mesma reportagem foram efetuadas gravações e identificados ilícitos, o que gerou indevida associação; (f) recebeu ligações, mensagens com ameaças, tendo sua moral abalada (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

O TJ/RS, porém, destacou inicialmente que “a ré não tem o dever legal de manter em guarda o inteiro teor da gravação efetuada por meio da ‘câmera oculta’” (RIO GRANDE DO

SUL, 2012). Posteriormente, ressaltou que a autora em nenhum momento comprovou o acerto técnico das suas práticas e afirmações, em especial as exibidas.

Nessa via, afirmou que “a solução de conflitos entre direitos fundamentais perpassa a aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas elementares necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito” (RIO GRANDE DO SUL, 2012), mais precisamente “um embate entre os direitos à intimidade, privacidade e imagem (art. 5º, X, CF) e o direito ao exercício da informação em favor da coletividade” (RIO GRANDE DO SUL, 2012). O Tribunal concluiu que “a relativização da privacidade e da intimidade da autora demonstra-se adequada, necessária e proporcional ao fim colimado, qual seja, a informação ao público em geral acerca da prática irregular da medicina ortomolecular” (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Importante registrar outro caso no âmbito do Direito de Família (RIO GRANDE DO SUL, 2016a), em que se discutia o valor dos alimentos. Segundo o TJ/RS, “é fundamental que na fixação dos alimentos o Magistrado sirva-se do princípio da proporcionalidade, de maneira a dar a cada um do que lhe é devido. E, certamente, o patamar fixado pelo Juiz de Direito atende a tal princípio” (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

Concluiu-se que o montante fixado entre o postulado e o ofertado atendeu à proporcionalidade, notadamente considerando as peculiaridades relatadas no caso (situação do alimentante, desempregado; e a condição da genitora, apta ao trabalho). Superou-se o chamado trinômio da necessidade-possibilidade-proporcionalidade para solidificar o raciocínio da proporcionalidade, considerada um meta-princípio (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

A ADI 1194 (BRASIL, 2009a), a seu turno, teve como objeto a lei nº 8.906/1994. Novamente, houve análise sob o prisma da proporcionalidade. A análise da proporcionalidade se deu com o intuito de averiguar se a disposição sobre as relações contratuais quanto à sucumbência do advogado empregado, vedando acordos sobre ela, resultaria violação desproporcional ao princípio da autonomia da vontade da parte vencedora (BRASIL, 2009a).

Segundo o STF (BRASIL, 2009a), a medida seria inadequada, porquanto não promoveria a prerrogativa aos advogados, mas sim estabeleceria um privilégio inexistente a outras classes. Por outro lado, seria desnecessária, porque teriam outros meios menos gravosos ou mais eficazes do que atribuir a nulidade, sendo inclusive possível deixar nas mãos das partes esse tipo de acordo, sem restringir a autonomia da vontade. Por fim, do ponto

de vista da razoabilidade, haveria um peso maior da autonomia da vontade à disposição cogente sobre os honorários (BRASIL, 2009a).

Ao final, decidiu-se que “o art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente” (BRASIL, 2009a). Em consequência, “inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual ‘é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência’” (BRASIL, 2009a). Restou, pois, declarada parcialmente a inconstitucionalidade da norma.

4.1.6 Decisões envolvendo a proporcionalidade no Direito do Consumidor

No Direito do Consumidor, o princípio da proporcionalidade é um critério para o arbitramento dos danos morais. Poder-se-ia enquadrar as decisões no âmbito do Direito Civil, porém é adequado tratar nesse tópico porque a questão do dano moral proliferou a partir do CDC e das demandas consumeiristas.

Diversas questões geram o chamado dano moral presumido, tais como: (a) ausência de comunicação do devedor acerca da inscrição nos órgãos de restrição ao crédito (RIO GRANDE DO SUL, 2018a); (b) suspensão do fornecimento de energia elétrica (RIO GRANDE DO SUL, 2018b); (c) inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito (RIO GRANDE DO SUL, 2018c); (d) atraso de voo superior a 04 horas (RIO GRANDE DO SUL, 2018d).

Para o arbitramento, isto é, para definir o valor do dano moral sofrido, não raramente, as decisões vêm acompanhadas de uma frase padrão: “o valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada” (RIO GRANDE DO SUL, 2018a).

Ademais, utiliza-se também o “critério” da razoabilidade: “a fixação da indenização por dano moral deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à extensão do dano causado, não se justificando que a reparação venha a se constituir em um meio de enriquecimento sem causa” (RIO GRANDE DO SUL, 2018e). Em todos os casos, após uma análise profícua dos critérios, o valor é mensurado.

A ADI 855 (BRASIL, 2009b) será aqui tratada porque o fim perseguido da lei supostamente inconstitucional era exatamente o princípio da defesa do consumidor. No caso, a lei 10.248/93, do Estado do Paraná, obrigava os estabelecimentos a pesar, aos olhos do consumidor, os botijões ou cilindros que continham Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço (BRASIL, 2009b). Com base em dois argumentos (incompetência legislativa e irrazoabilidade/desproporcionalidade da lei), por maioria, foi julgada procedente a ADI, declarando a norma inconstitucional.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O USO DA PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS

No tópico anterior, foram apontadas diversas decisões abordando a proporcionalidade. A partir delas é possível deliberar diversas conclusões atinentes à forma que a proporcionalidade é utilizada. Todas as decisões referidas no tópico anterior serão, em algum momento, mencionadas.

As quatro primeiras considerações tem um viés mais expositivo. Em primeiro lugar, há a verificação do “meio” supostamente desproporcional. Em segundo lugar, a averiguação é quanto aos bens colidentes. Em terceiro lugar, são verificados os diversos sentidos da proporcionalidade. Em quarto lugar, há a apuração das consequências jurídicas das decisões.

As últimas duas considerações, por sua vez, possuem um viés crítico. Inicialmente, observa-se a forma de utilização da proporcionalidade, bem como a (in)coerência em relação ao uso nas decisões. Posteriormente, são apontados os pontos rotineiramente esquecidos da estrutura da proporcionalidade.

4.2.1 Quanto ao “meio” desproporcional

Como já frisado, a proporcionalidade pressupõe, na concepção de Alexy, uma análise meio-fim. Desse modo, a partir das decisões, percebe-se que o “meio” avaliado pode ser um “fato”, um ato administrativo, um ato judicial ou uma regra jurídica em sentido amplo (decretos, regulamentos, leis ordinárias, entre outros).

A proporcionalidade do “fato” pode ser verificada nas decisões que arbitram dano moral em um montante. Com efeito, a partir do fato, verifica-se o que seria proporcional a título de indenização. Na dosimetria da pena, da mesma forma, avalia-se os motivos (“fato”) para determinar a intensidade da pena. Vislumbra-se dificuldade posteriormente, porque não há aparentes bens jurídicos em colisão.

Entretanto, não é possível identificar nesses casos a análise do princípio da proporcionalidade estudado no segundo capítulo. No caso da publicação da reportagem sobre medicina ortomolecular (RIO GRANDE DO SUL, 2012), é verificado um clássico exemplo de caso em que é adequada a utilização da proporcionalidade. O “fato”, o meio possivelmente (des)proporcional é a reportagem, a gravação “oculta”, a conduta da jornalista. Esse fato ensejou um debate entre direitos fundamentais, consubstanciados em princípios constitucionais.

Por outro lado, a verificação da proporcionalidade do ato administrativo pode ser exemplificada na apelação que discutia a possibilidade (ou não) da demissão do servidor público (RIO GRANDE DO SUL, 2016b). A proporcionalidade novamente não é utilizada no sentido que é concebida, porquanto atua apenas como avaliação do excesso do administrador público¹²⁴.

A proporcionalidade do ato judicial está presente na decisão que fixou alimentos (RIO GRANDE DO SUL, 2016a), porquanto o TJ/RS fez a análise da proporcionalidade do patamar fixado pelo juiz de primeiro grau. Ou seja, o meio avaliado foi um ato judicial. Contudo, não foi possível verificar os bens jurídicos em colisão.

Há, ainda, a proporcionalidade da regra. A maior parte das decisões trazidas discutem a constitucionalidade ou legalidade da norma. Assim, a regra torna-se objeto central do exame do princípio da proporcionalidade, sendo, em consequência, o “meio” da relação meio-fim. Tanto é verdade que foram expostas diversas ADI na primeira parte desse capítulo.

Porém, a regra como “meio” também foi objeto de análise em outras demandas. No agravo nº 70035277953 (RIO GRANDE DO SUL, 2010), o TJ/RS verificou se seria proporcional o regulamento estadual que vedava a impressão de documentos fiscais para empresas que possuíam débitos.

¹²⁴ Em tese, poderia se aventar o uso da proporcionalidade, mediante a análise da colisão entre a moralidade administrativa (fim da pena de demissão) e o direito fundamental de exercer a serventia pública após o concurso.

Por fim, há a possibilidade do meio, objeto da proporcionalidade, ser uma regra e, ao mesmo tempo, um fato. Na apelação e reexame necessário nº 70067531780 (RIO GRANDE DO SUL, 2015) a discussão residia quanto à proporcionalidade da regra do art. 17, VI, da Lei Complementar 123/06 para o caso em concreto. Questionou-se, em suma, se a regra seria proporcionou em face das peculiaridades do caso. Para tanto, necessário avaliar a regra como o meio para atingir um fim, levando em consideração o fato relatado.

No HC 124306 (BRASIL, 2016b), o debate estava centrado na proporcionalidade (ou não) do aborto até o primeiro trimestre de gestação. Para tanto, o STF buscou a proporcionalidade da regra, levando em consideração o caso concreto. Na ADPF 54 (BRASIL, 2013)¹²⁵, também o debate fica centrado na proporcionalidade da regra para o caso específico¹²⁶.

4.2.2 Quanto aos “bens” colidentes

O exame da adequação visa definir se o meio é adequado para atingir determinado fim. Esse fim, na acepção de Alexy é um princípio, um direito fundamental. Na análise da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), por outro lado, há a análise do “bem” colidente, igualmente um princípio. A análise da colisão ocorre, em tese, pela ponderação.

Com o intenso uso do termo “proporcionalidade” na jurisprudência, por vezes, não é possível identificar qual seria o “bem” colidente. A verificação da intensidade da pena administrativa, por exemplo, não traz uma colisão de princípios. Nem mesmo o montante devido a título de danos morais. Nesses casos, apenas há a verificação pelo julgador da proporção do ato praticado. Ou seja, preocupa-se, antes de tudo, com a verificação da intensidade da consequência jurídica, pouco importando a existência (ou não) de direitos fundamentais colidentes. Partindo desse pressuposto, percebe-se, de pronto, que a proporcionalidade possui diversas facetas, não sendo utilizada na acepção estudada no capítulo anterior.

Seja como for, da análise da jurisprudência, verificou-se uma imensa variedade de supostos “bens colidentes”: valores, interesses, princípios, direitos fundamentais, princípios

¹²⁵ Questão do aborto no caso de anencefalia.

¹²⁶ Não se está avaliando o acerto na forma que utilizada a proporcionalidade por ora, mas sim expondo a primeira conclusão: os meios avaliados são variados. Seja como for, em um primeiro momento, viável concluir que mais aproxima à proporcionalidade alexyana quando o meio avaliado é um fato ou uma regra.

infraconstitucionais, até mesmo regras. Tais bens, por vezes, são mencionados na decisão, por vezes não.

No HC 126292 (BRASIL, 2016a)¹²⁷, o Min. Barroso salientou a colisão entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição) e o “interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc) tutelados pelo direito penal” (BRASIL, 2016a).

O primeiro “princípio” em colisão é, na verdade, na acepção de Alexy, uma regra. De fato, a norma ao destacar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” expõe um mandamento definitivo. Seria possível a discussão da interpretação da regra, da extensão da aplicabilidade, do sentido do termo “culpa”, mas não eventual colisão. O segundo, por sua vez, como anunciado pelo próprio Min., seria “interesse”, “valor” constitucional. Não é indicado de forma categórica qual dispositivo constitucional está em colisão¹²⁸.

No caso do aborto no primeiro trimestre (BRASIL, 2016b) destacou-se:

(1) A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida [...] (2) Em segundo lugar, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança [...] (3) A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva [...] (4) A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da igualdade de gênero. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença [...] (5) Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro [...].

Em outra via (BRASIL, 2016b), afirmou-se que o bem jurídico protegido (princípio em colisão ou o “fim” pretendido) seria a vida do feto. De plano, verifica-se uma colisão, por

¹²⁷ Caso relativo à execução provisória da pena.

¹²⁸ Observa-se que vários Ministros efetivaram votos diversos, com diversos argumentos. Apenas há a indicação do voto do Min. Barroso porque elucida a extensão que se dá aos “bens colidentes”.

um lado, entre alguns princípios constitucionais (liberdade de escolha), argumentos políticos (acesso a clínicas particulares), a supostos efeitos da intervenção (desigualdade) e, por outro lado, a vida (direito fundamental). Por óbvio, a ausência de abordagem ao “contraponto” já mostra a predisposição do julgador¹²⁹.

O caso relativo à reportagem sobre medicina ortomolecular (RIO GRANDE DO SUL, 2012), como já ressaltado, focou uma genuína colisão entre direitos fundamentais, debatendo intimidade e liberdade¹³⁰. Na ADI 855 (BRASIL, 2009b) também houve colisão entre bens constitucionais: a defesa do consumidor e o livre exercício da atividade profissional.

A questão relativa à possibilidade de votação apenas com um documento (BRASIL, 2009c) a discussão central residiu entre o interesse constitucional de “segurança na votação” em face do direito fundamental à participação popular (ao voto). Novamente foi realizada a proporcionalidade de “interesses”.

Já no agravo nº 70035277953 (RIO GRANDE DO SUL, 2010) e no RE 413.782-8/SC (BRASIL, 2005) a colisão foi diversa. Por um lado estava o livre exercício da atividade profissional; por outro, o direito do credor à persecução do seu crédito. Na ADI 1194 (BRASIL, 2009a), por sua vez, discutiu-se colisão entre a autonomia da vontade e à disposição cogente sobre os honorários. Observa-se colisões com princípios infraconstitucionais.

Em resumo, por essa profícua amostragem, fica constatada “a aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver – qualquer tipo de colisão, seja ela entre princípios, princípios com valores, valores com valores, interesses com valores, direitos fundamentais com interesses, bens e outras possibilidades” (MORAIS, 2013, p. 217), não havendo critério definido para a definição dos bens em colisão.

4.2.3 Quanto aos sentidos da proporcionalidade

A partir das decisões trazidas, fica claro que a proporcionalidade tem diversos sentidos, é multifacetária. De fato, em todas as decisões jurisprudenciais, independentemente

¹²⁹ Lênio Streck e Rafael Barba (2016) estabelecem duras críticas à decisão, mais precisamente quanto à forma que utilizada a proporcionalidade pelo Ministro Barroso. Tal ponto será abordado posteriormente.

¹³⁰ Não se está afirmando que a apreciação se deu de forma criteriosa, mas sim que os elementos do caso possibilitavam a análise sob a ótica da proporcionalidade (não há uma verificação qualitativa).

da matéria, do meio ou dos bens jurídicos envolvido, a proporcionalidade, por óbvio, foi analisada em alguma perspectiva.

Os sentidos utilizados são os mais diversos: razoabilidade, proibição do excesso, equidade, entre outros. As formas que ela é utilizada são muitas e ocorre inclusive no âmbito do mesmo tribunal, com os mesmos julgadores. Para Fausto Morais (2013, p. 219), “a referência ao princípio da proporcionalidade é feita em conformidade com algum padrão jurídico indicativo do abuso de poder do Estado, por ação ou omissão, além dos limites toleráveis no exercício das funções legislativas, administrativas ou judicativas”. Por essa razão, não raramente é tratada como sinônimo de “proibição do excesso”.

Essa característica multifacetária se verifica de forma muito evidente no julgamento conjunto da constitucionalidade da lei da ficha limpa (BRASIL, 2012a). Para o Min. Gilmar Mendes “o princípio da proporcionalidade funciona, aqui, como proibição de excesso do legislador” (BRASIL, 2012a). Conforme o Min. Marco Aurélio “tudo ocorre a partir do bom-senso, da ordem natural das coisas, da razoabilidade, da proporcionalidade, tendo em conta esse conceito que disse ‘aberto’, que é o alusivo à vida pregressa, ou seja, o que vem antes” (BRASIL, 2012a).

Por sua vez, o Min. Luiz Fux salienta que “as restrições legais aos direitos fundamentais sujeitam-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (BRASIL, 2012a), de modo que “se vislumbra proporcionalidade nas mencionadas hipóteses legais de inelegibilidade – todas passam no conhecido triplo teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (BRASIL, 2012a). No mesmo julgamento a proporcionalidade teve diversos sentidos: proibição de excesso, bom senso, razoabilidade, técnica constitucional assessória de aferição da constitucionalidade.

Na apelação crime que abordou a dosimetria da pena (RIO GRANDE DO SUL, 2018f) a proporcionalidade foi utilizada como sinônimo do princípio material da isonomia, equidade. Segundo a relatora, o réu “não pode receber tratamento penal idêntico àquele que nunca enveredou pelo caminho ilícito” (RIO GRANDE DO SUL, 2018f). Em outra apelação crime (RIO GRANDE DO SUL, 2018g), a proporcionalidade foi utilizada em sua acepção literal: aferir a proporção entre a pena redimensionada e a multa.

O caso que discutia a demissão de servidor público (RIO GRANDE DO SUL, 2016b) introduz a proporcionalidade no sentido mais usual: proibição de excesso. Esse sentido é recorrente na jurisprudência, notadamente para verificar o suposto excesso do legislador.

Nessa via, pode-se citar a ADI que analisava a inconstitucionalidade da lei que exigia dois documentos para votar (BRASIL, 2009c), bem como o caso atinente ao número de servidores concursados e nomeados livremente (BRASIL, 2007).

No HC 126292 (BRASIL, 2016a), o Min. Barroso entendeu que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição seria proporcional porque evitaria “proteção deficiente”. Mais um sentido à proporcionalidade.

Na decisão que fixou alimentos (RIO GRANDE DO SUL, 2016a), assim como nas decisões acerca da indenização do dano moral, a proporcionalidade tem sentido diverso: critério de justiça e equidade do julgador. Ou seja, a proporcionalidade teria o intuito de balizar o valor e a quantia devida em face das peculiaridades do caso.

Na apelação que questionava a possibilidade (ou não) de inclusão do contribuinte no SIMPLES (RIO GRANDE DO SUL, 2015), uma nova faceta: razoabilidade. Como destaca Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23), “muitas vezes, no entanto, ela é encarada como mero sinônimo de razoabilidade, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência”. A questão residia em saber em que medida seria razoável vedar a inclusão da empresa no regime SIMPLES, tendo em vista as peculiaridades do caso. Não se discutiu a validade e aplicabilidade (subsunção) da regra, mas tão somente foi realizada a análise da regra para o caso particular¹³¹.

Ainda, há o uso da proporcionalidade como técnica de interpretação e solução de colisões principiológicas (aplicação do Direito). Nesse viés, o caso da reportagem sobre medicina ortomolecular (RIO GRANDE DO SUL, 2012). Por fim, a proporcionalidade tem sido usada como técnica do controle de regras¹³².

4.2.4 Quanto à consequência jurídica

Toda decisão tem um efeito jurídico ao ordenamento, revelando, outrossim, o leque de atuação do Poder Judiciário (primeiro capítulo). O uso da proporcionalidade apresentou

¹³¹ Aqui cabe destacar que razoabilidade e proporcionalidade são utilizadas praticamente como sinônimas em grande parte das decisões mencionadas na primeira parte do presente capítulo. Exemplo nítido está na ADPF nº 54 (BRASIL, 2013), em que há inúmeras menções dos termos de forma simultânea. Por essa razão, no segundo capítulo, foram dedicadas algumas linhas à dicotomia. Porém, a razoabilidade (e sua aplicação) deve ser objeto de estudo detalhado, porquanto o uso dessa é demasiado e desraigado de sua origem.

¹³² Grande parte das decisões (independentemente dos bens colididos) entende a proporcionalidade como método de controle da constitucionalidade das regras. Nesse sentido, os seguintes casos: pesagem dos botijões de gás (BRASIL, 2009b) e a ADI 1194 (BRASIL, 2009a).

diversas consequências: aplicação do Direito; interpretação da norma (ou pretensa interpretação); criação de exceção judicial; revisão de critérios normativos; afastamento da regra.

No que tange a classificação proposta como “aplicação do Direito”, pode-se citar as questões relativas ao chamado dano moral. Isso porque, o julgador, diante de um fato, determinou o montante da indenização. Verificou se a norma para responsabilizar era aplicável ao fato e em continuidade mensurou a indenização em face das peculiaridades.

Na apelação cível que tinha por objeto a demissão de servidor público (RIO GRANDE DO SUL, 2016b) igualmente o julgador aplicou o Direito a partir da norma, verificando o grau de intensidade da pena em relação à conduta. A fixação dos alimentos (RIO GRANDE DO SUL, 2016a) teve o mesmo viés.

Quanto à interpretação da norma, a proporcionalidade novamente entra em cena. O entendimento exposto na apelação crime que entendeu pela possibilidade de aumentar a pena-base ao que responde a processo penal, independente do trânsito em julgado (RIO GRANDE DO SUL, 2018f) é um exemplo. O reconhecimento da possibilidade da minorante genérica da “tentativa” nos casos em que há menor intensidade do ato libidinoso (RIO GRANDE DO SUL, 2018g), também exemplifica a situação¹³³.

A questão da execução provisória da pena após o esgotamento das vias ordinárias (BRASIL, 2016a), de certa forma, também trabalha no âmbito da interpretação das regras constitucionais do art. 5º, LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) e LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”)¹³⁴.

A apelação cível nº 70050661958 (RIO GRANDE DO SUL, 2012) pode ser entendida também como interpretação das normas de direito fundamental a partir da ponderação. Ou seja, verificou-se em que medida é aplicável o princípio positivado e de que modo deve ser interpretado. Na mesma via, pode ser enquadrada na classificação de “aplicação do Direito”, uma vez que se avaliou o peso dos princípios para o caso concreto.

¹³³ Como as alterações da Lei n. 12.015 de 2009 não discriminam a intensidade do ato, inserindo no mesmo tipo penal condutas diversas (“conjunção carnal” e “outro ato libidinoso”), o tribunal interpretou a norma da “tentativa” e estendeu seus efeitos ao caso. Não afastou nenhuma regra, que permaneceram no ordenamento jurídico: apenas utilizou de técnica de interpretação com base na proporcionalidade.

¹³⁴ A proporcionalidade, no entanto, foi utilizada para verificação de uma pretensa colisão principiológica. E como há regra específica no CPP (art. 283), houve o afastamento da norma após a decisão.

Por outro lado, no HC 124306 (BRASIL, 2016b), após a análise da proporcionalidade, entendeu a Ministra Rosa Weber que “o texto legal descrito nos arts. 124 a 126 do CP exige para sua legitimação que lhe seja conferida interpretação conforme” (BRASIL, 2016b), desqualificando o crime de aborto quando efetivado no primeiro trimestre. Diga-se: na prática, a “interpretação conforme” foi apenas uma via para afastar a necessidade de invocação do plenário (art. 97, CF). A regra – em última análise – foi considerada “inconstitucional” em uma hipótese abrangente.

Na MC na ADI 4.467/DF (BRASIL, 2009c)¹³⁵, ADC 29/DF (BRASIL, 2012a)¹³⁶, RE-AgR 365.368/SC (BRASIL, 2007)¹³⁷, RE 413.782-8/SC (BRASIL, 2005)¹³⁸, ADI 1194 (BRASIL, 2009a)¹³⁹ e ADI 855 (BRASIL, 2009b)¹⁴⁰, estava em discussão a regra e sua constitucionalidade. Desse modo, a consequência do exame da proporcionalidade foi o afastamento (ou não) da regra.

Por outro lado, em apelação civil (RIO GRANDE DO SUL, 2015), outra consequência. No caso, a regra geral (art. 17, V, da LC nº 123/06) foi mantida. Entretanto, diante das peculiaridades observadas (valor não era expressivo e a quitação se deu no dia posterior), a decisão provocou a adoção de novos critérios à regra.

No caso do aborto dos fetos com anencefalia (BRASIL, 2013), embora na ementa haja uma confusão entre interpretação e inconstitucionalidade, se avalizou uma exceção à regra geral. Nos casos peculiares em que há a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, a conduta não será tipificada como crime. Assim, foi incluída uma exceção judicial, adicionando-se às exceções legais preexistentes.

4.2.5 Quanto ao uso imoderado e incoerente¹⁴¹

A “proporcionalidade” está tornando-se um potencial aliado de um ativismo judicial imoderado. Em outras palavras, os julgadores rotineiramente recorrem à proporcionalidade para deliberar o que entendem como justo e equânime: “o resultado será o seguinte porque

¹³⁵ Exigência de dois documentos para votar.

¹³⁶ Constitucionalidade da lei da ficha limpa.

¹³⁷ Caso da nomeação livre de servidores pela administração pública.

¹³⁸ Questão atinente à impressão de notas separadas no caso de inadimplimento do contribuinte.

¹³⁹ Constitucionalidade da lei que versa sobre honorários sucumbenciais.

¹⁴⁰ Discussão sobre a possibilidade de pesagem dos botijões de gás.

¹⁴¹ Aqui se está discorrendo acerca de “coerência” em sua acepção literal. Mais a frente será tratada a coerência em MacCormick (2008).

‘proporcional’, ‘justo’”. No entanto, os fundamentos, argumentos para atingir as conclusões, são corriqueiramente ignorados.

Insista-se: sistematicamente utiliza-se a proporcionalidade em sentidos diversos, completamente desatrelados à métrica correta. Nesse sentido, decisões a respeito da dosimetria da pena, da aplicabilidade da pena de demissão e dimensionamento dos danos morais. Por si só, esse fato revela um problema de fundamentação das decisões, porquanto a proporcionalidade torna-se uma espécie de “super-trunfo”, um argumento de autoridade do julgador. Nas palavras de Streck (2012), a proporcionalidade vira álibi para o exercício de arbitrariedades hermenêuticas. Isso fica evidenciado por meio das quatro conclusões iniciais.

A problemática fica intensificada ao analisar o elemento “coerência”. A incoerência fica evidente pela análise comparativa dos votos do Min. Ricardo Lewandovski na ADC 29/DF (BRASIL, 2012a) e, posteriormente, na MC na ADI 4.467/DF (BRASIL, 2009c).

Na primeira, o Min. Ricardo Lewandovski julgou procedente a ação direta de constitucionalidade, salientando que seria ilícito ao julgador aplicar de forma discricionária o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade para restrição do âmbito de incidência da norma, em se tratando de lei aprovada por ampla maioria do congresso e sancionada sem ressalvas (BRASIL, 2012a)¹⁴².

Na segunda, porém, propôs a “interpretação” dos arts. 91-A da lei nº 9.504/97 e 47, § 1º da Resolução TSE 23.218/2010 “conforme à constituição” para determinar que, “mesmo na ausência do documento oficial, se positivamente identificado o eleitor pelo presidente da Mesa receptora de votos, que é uma autoridade no momento da eleição, ele poderá exercer esse direito fundamental” (BRASIL, 2009c). Diga-se: a regra especifica a necessidade de documento com fotografia e o título de eleitor.

No RE-AgR 365.368/SC (BRASIL, 2007), o mesmo Min. destacou a desproporcionalidade entre os motivos geradores da resolução e o ato editado, em especial porque dos 67 funcionários da câmara municipal, 42 foram nomeados livremente. Isso importou, em última análise, no afastamento da regra. Como se vê, não há a definição clara sobre quando é caso de usar a proporcionalidade e quando é caso de preservar a margem do legislador.

¹⁴² Desde já, perceptível incompatibilidade entre as decisões, em especial a proferida na ADI 855 (BRASIL, 2009a).

Na ação penal 927 (BRASIL, 2018a), o Min. Barroso entendeu que aplicável a lei da anistia, porquanto “o Poder Legislativo tem competência constitucional para o tema”, sem “afronta aos princípios constitucionais da moralidade e da proporcionalidade” (BRASIL, 2018a). Por outro lado, o mesmo Min. descriminaliza o aborto em sede de Habeas Corpus (BRASIL, 2016b).

Em um sentido mais amplo, maior é a incoerência. Por essa razão, importa destacar dois julgados no âmbito do Direito Eleitoral tratando sobre assuntos semelhantes. Em um primeiro momento, na MC na ADI 4.467/DF (BRASIL, 2009c), ficou reconhecido a ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade “na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral” (BRASIL, 2009c). Por outro lado, na ADPF nº 541 (BRASIL, 2018b), compreende-se que é imprescindível o cadastramento biométrico, não sendo a norma que impede mais de três milhões de eleitores de votar desproporcional.

Conclui-se que não há coerência nas decisões, nas conclusões e nas fundamentações. Em um primeiro momento é necessário respeitar a margem discricionária do legislador. Em outros momentos, com fundamentações até mesmo sucintas, a regra é declarada inconstitucional em decorrência da sua suposta desproporcionalidade.

Essa ausência de coerência é verificada nos tribunais como unidade (STF, TJ/RS, entre outros). Por juízos de conveniência e ideológicos, as decisões proliferam sem uma coerência argumentativa e sistemática. Por vezes, a margem do legislador é importante para a manutenção da regra; em outras, a proporcionalidade é fator decisivo da aferição dos excessos do Poder Público.

4.2.6 Quanto à abdicação da estrutura

A pesquisa jurisprudencial oportunizou verificar que a estrutura da proporcionalidade não é respeitada na jurisprudência. Os problemas não estão apenas na ausência de coerência e fundamentação: há problemas na estruturação do raciocínio.

Por vezes, a proporcionalidade é usada na sua acepção original (em tese) sem qualquer rigor técnico e desvinculando uma argumentação racional suficiente. Segundo George Lima

(2008a), “costuma-se gastar muita tinta e papel para justificar a existência da colisão de direitos fundamentais e a sua conseqüente relativização, mas, na hora do pega pra capar, esquece-se de fundamentar consistentemente a escolha”.

A ADI 855 (BRASIL, 2009b) ilustra a afirmativa. Como já destacado, a discussão central estava na (in)constitucionalidade da lei 10.248/93, do Estado do Paraná, a qual obrigava os estabelecimentos a pesar, aos olhos do consumidor, os botijões ou cilindros que continham Gás Liquefeito de Petróleo (GLP). O primeiro argumento dispensa maiores análises, porquanto não constitui objeto do presente estudo. Todavia, no que tange a suposta desproporcionalidade não houve uma análise aprofundada¹⁴³, embora tenham sido reportados os três subprincípios da proporcionalidade.

Pelo que se constata da decisão, os principais argumentos para considerar desproporcional a lei estão no laudo do INMETRO: (a) dificuldade do consumidor de verificar a pesagem; (b) dificuldade de balanças para todos; (c) possíveis desregulagens da balança em decorrência do trajeto; (d) custo operacional; (e) suposta fidelidade de pesagem.

George Lima (2008a) assevera que a análise da proporcionalidade e de suas sub-regras foi insatisfatória: “ninguém sabe, pois não há na decisão do STF”. Virgílio Afonso da Silva (2002) critica a decisão. Para tanto, fez uma análise sucinta dos exames da proporcionalidade.

Para o autor, a medida é adequada para promover a defesa do consumidor (fim): “a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do poder público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode até ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida” (SILVA, V. 2002, p. 39).

Aduz, ainda, que a medida é necessária, “para a consecução dessa finalidade [proteger o consumidor individualmente para que não pague pelo que não recebeu], a exigência de

¹⁴³ Embora não tenha votado, interessante a manifestação do Min. Eros Grau: “o meu temor é com relação ao princípio da proporcionalidade, porque isso significa que estamos julgando o legislador, estamos a ele imputando um desvio de processo legislativo. Nós temos competência para apreciar a constitucionalidade da lei, não se ela é boa ou má. E, independente de ser boa ou má, se não viola a Constituição, a única maneira de investir contra ela seria nós nos candidarmos e participarmos do Poder Legislativo” (BRASIL, 2009b). Após a resposta do Min. Cezar Peluso afirmando que a proporcionalidade não é invocada aleatoriamente, mas sim quando há conflitos entre valores constitucionais, o Min. Eros Grau retrucou, destacando que não está escrito na Constituição a proporcionalidade ou a ponderação. O debate prossegue. Para Eros Grau, controle de constitucionalidade é diverso de controle de proporcionalidade. Uma lei, portanto, não pode ser inconstitucional porque desproporcional, mas sim porque violou algum princípio (BRASIL, 2009b). Embora não se concorde com o aparte de Eros Grau – uma vez que ele não considera o verdadeiro sentido da proporcionalidade –, ele é pertinente, porque demonstra de forma cabal que o STF não age de forma linear, especialmente no tocante a argumentação e fundamentação.

pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem” (SILVA, V. 2002, p. 40). Por fim, a medida é proporcional em sentido estrito, porque “a proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa” (SILVA, V. 2002, p. 41).

Em resumo: o STF declarou inconstitucional a lei com base na desproporcionalidade da medida, sem realizar exame adequado das sub-regras e também sem a devida fundamentação. Importante que se diga: não se está cobrando a aplicação da proporcionalidade pelo STF, mas sim coerência nos julgados. Se o julgador opta pela solução por um modelo preexistente, o mínimo é exigir coerência e a utilização correta da estrutura mediante uma argumentação racional (SILVA, V. 2002, p. 45-46).

Outro caso elucidativo: o aborto até o primeiro trimestre (BRASIL, 2016b). Como alerta Streck e Barba (2016), “discutir Teoria do Direito significa compromissos teóricos e epistêmicos. Não se trata de saber qual a opinião política-ideológica dos juízes”. Consoante os autores, “não se trata (apenas) de problemas de conteúdo, mas da própria estrutura formal de como a decisão foi obtida. O que agrava ainda mais a situação” (STRECK; BARBA, 2016).

Com efeito, no aludido HC, o Min. Barroso utilizou o “princípio da proporcionalidade” com o intuito de estrutura de forma lógica o voto. Todavia, o voto simplifica a teoria alexyana, trazendo argumentos meramente retóricos, sem respeito aos parâmetros institucionais de coerência e integridade (STRECK; BARBA, 2016). A colisão, como já ressaltado no tópico 4.2.2, revela o embate entre o bem jurídico protegido (proteção à vida do nascituro) e “diversos direitos fundamentais da mulher”.

A análise da adequação da medida se deu de forma equivocada¹⁴⁴, porquanto não se trata de uma reprovação simbólica, mas sim efetiva. O fato de a medida possuir um grau baixo de satisfação do direito fundamental que visa proteger, não significa que ele não exista. Isto é, “adequado [...] não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (SILVA, V. 2002, p. 36).

O argumento de que o crime de aborto teria “duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o

¹⁴⁴ Segundo o Ministro, “na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação ‘simbólica’ da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência” (BRASIL, 2016b).

número de abortos praticados no país”, impedindo abortos seguros, não convence. Isso porque o argumento parte para uma avaliação de eficácia social, deixando a medida à mercê de condições contingenciais e aleatórias. Para contrapor, bastaria realizar o mesmo raciocínio para outros crimes contra a vida (STRECK; BARBA, 2016).

Diga-se: “casos em que as leis são declaradas inconstitucionais por motivos de inadequação são raros. Normalmente, a medida aplicada pelo legislador pelo menos promoverá seus objetivos até certo ponto. Isso é suficiente para adequação” (ALEXY, 2014a, p. 53, tradução nossa).

O exame da necessidade igualmente não foi bem conduzido pelo Min. Barroso, a um porque não trouxe medidas alternativas concretas (apenas suposições abstratas), a dois porque estabeleceu comparações com países em que o aborto é legalizado (logo, sem nenhum grau de “proteção” ao direito atingido). Para a máxima da necessidade, deve-se escolher a medida que menos intervém no outro direito fundamental (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 244). Avaliam-se todas as possibilidades aptas, comparando-as e, ao final, escolhe-se a melhor para a situação. No caso, não se propôs medidas concretas. A fundamentação foi vazia.

A terceira sub-regra da proporcionalidade também não foi devidamente analisada¹⁴⁵. A proporcionalidade em sentido estrito examina a efetiva proporcionalidade, racionalidade da decisão normativa (STEINMETZ, 2001, p. 152).

Bem por isso, Streck e Barba (2016) questionam: “como o Min. Barroso verifica o peso do princípio de proteção à vida em relação ao da autonomia da gestante? Como se demonstra que o grau de não-satisfação de um princípio é proporcional ao da importância da satisfação do outro?”. Aqui convém acentuar: a crítica que se faz é em face à forma e à argumentação da decisão, não em relação à conclusão.

De qualquer forma, percebe-se em primeiro lugar a utilização de argumentos políticos e ideológicos, com certa abstenção do enfrentamento principiológico de fato. Ademais,

¹⁴⁵Diz o Min. Barroso: “Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização” (BRASIL, 2016b).

verifica-se a ausência de obediência à aplicação subsidiária das sub-regras da proporcionalidade. De fato, “é possível que a análise da proporcionalidade termine na mera observância da adequação, sem necessitar que se chegue às duas últimas submáximas” (STRECK; BARBA, 2016).

Fica evidenciada, outrossim, a ausência de menção aos princípios formais, notadamente ao princípio democrático (eleição do legislador do “meio”). Tal tópico não foi considerado na argumentação. Da mesma forma, “não foi possível identificar nas decisões analisadas a construção da lei de colisão, como produto do sopesamento realizado” (MORAIS, 2013, p. 218).

Não há decisões abordando de forma suficiente a fórmula peso, nem mesmo o efetivo grau de intervenção ou de importância, seja concreta, seja abstrata (principalmente essa). A ADPF nº 54 (BRASIL, 2013) é um dos raros casos que a fórmula peso é mencionada, entretanto, sua abordagem é rasa e, potencialmente, em uma demanda que o exame da proporcionalidade não se fazia necessário do modo que utilizado.

Observa-se, ainda, que “a grande parte das decisões analisadas não segue à risca essa metodologia” (MORAIS, 2013, p. 218). Isso fica constatado na ADI 4.467/DF (BRASIL, 2009c), no RE-AgR 365.368/SC (BRASIL, 2007) e na apelação cível nº 70050661958 (RIO GRANDE DO SUL, 2012). Em nenhuma dessas foi realizado o devido exame das sub-regras da proporcionalidade, nem mesmo avaliado o grau de intensidade e importância dos princípios em colisão, apenas se reportando à proporcionalidade como critério de solução para a colisão vislumbrada.

Constata-se que a estrutura da proporcionalidade não está sendo respeitada na jurisprudência, nem mesmo as elementares teóricas (diferenciação entre regras e princípios). Além disso, os princípios formais, de suma importância na teoria alexyana, são desconsiderados, realizando-se ponderações de regras de forma imoderada. A jurisprudência, em suma, “viralizou” a proporcionalidade de forma indevida.

4.3 O LUGAR DA PROPORCIONALIDADE

A partir da análise jurisprudencial, foram realizadas diversas conclusões a respeito da forma que se está utilizando o instituto da proporcionalidade nos tribunais, levando em consideração, em essência, sua acepção teórica. O estudo da jurisprudência permite concluir, ainda, com certa tranquilidade, que não foi definido um lugar à proporcionalidade. Dessa

forma, quando se fala em proporcionalidade no Estado de Direito, imperioso situar as críticas e constatações acerca do instituto – na via prática e teórica – realizando uma análise sob a ótica dos elementos intrínsecos do Estado de Direito, sem desbordar da realidade vivenciada.

Exsurge a necessidade de preservar os seguintes elementos: (a) segurança jurídica; (b) separação dos poderes e os respectivos espaços discricionários; e (c) direitos fundamentais. Esse fato revela uma contradição: se a proporcionalidade é concebida como decorrência lógica do Estado (Democrático) de Direito, como pode estabelecer problemas aos seus fundamentos essenciais? Essa potencial contradição somente é solvida a partir da leitura teórica e prática.

4.3.1 Sintetizando as principais críticas

As críticas são de ordem prática (quanto à forma que se usa na jurisprudência) e teórica (potenciais falhas, mesmo aplicando na forma devida). Para tanto, deve verificá-las na perspectiva dos elementos apontados como essenciais do Estado de Direito.

No ponto 4.2 foram expostas diversas conclusões críticas acerca do uso da proporcionalidade na jurisprudência. Em primeiro lugar, não se define o “meio”; em segundo, não há coesão entre os “bens colidentes”; em terceiro, fica evidenciados inúmeros sentidos; em quarto, ocorrem as mais variadas consequências jurídicas a partir da aplicação. Somente essas variantes demonstram a grande “salada de frutas” criada pelos tribunais.

Não bastasse isso, constata-se um uso exagerado, imoderado, contraditório, sem uma argumentação jurídica séria. A contradição se dá, aliás, em diversas perspectivas: julgador, órgão e tribunais. Argumentos e consequências da aplicação também ficam ignorados. O uso da métrica estrutural da proporcionalidade também simplifica demasiadamente a teoria.

O cenário vislumbrado gera insegurança jurídica ao jurisdicionado, a um porque a resposta ao seu impasse vira uma incógnita; a dois porque a abertura do uso da proporcionalidade, inclusive para afastar regras, provoca um aumento substancial de demandas. No momento que regra não é mais o principal elemento de decisão, mas sim o entendimento do que seria “justo” do julgador, tudo vira uma verdadeira loteria. Essa insegurança fica refletida também pela extensão dos bens jurídicos em colisão. Ou seja,

“como num passe de mágicas, de repente, todas as questões jurídicas a serem resolvidas passam a envolver uma colisão de princípio” (TRINDADE; STRECK, 2014).

Não há como negar que “a construção teórica para a ponderação observa que, com grande frequência, o caráter principiológico das normas, especialmente as de direitos fundamentais” (PEIXOTO; ROESLER; BONAT, 2016, p. 223). Todavia, se tudo for princípio jurídico, tudo pode ser ponderado. Se tudo pode ser ponderado, há uma relativização e abertura demasiada do ordenamento. A questão, pois, é saber o ponto de equilíbrio entre a abertura e o engessamento do ordenamento. Nesse sentido, Gavião Filho (2011, p. 294) questiona se a ponderação reflete enfraquecimento dos direitos fundamentais, porquanto “pressupõe uma redução da força normativa”. De fato, a extensão excessiva do uso é prejudicial ao sistema.

Aliás, a aplicação também revelou sérios problemas em relação à separação de poderes, porquanto não há uma definição concreta da margem de discricionariedade do legislador e do julgador. Essas, basicamente, são as críticas vislumbradas na *práxis* jurídica. No entanto, as críticas à jurisprudência já foram exaustivamente trazidas. Há também críticas conceituais da ponderação. Em outras palavras: críticas que se concretizam antes mesmo de adentrar no plano fático¹⁴⁶. Com efeito, “o tema ora proposto carrega consigo um turbilhão de críticas de autores alemães consagrados que se estendem, em sua maioria, à essência da teoria dos princípios de Robert Alexy” (VICTORINO, 2013).

Segundo Gavião Filho (2011, p. 252) as principais críticas estão mais precisamente na ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) e dizem respeito à suposta irracionalidade e subjetividade, notadamente porque (a) ausente um ponto de referência jurídico para aplicar; (b) não há clareza conceitual; (c) prevalece a ideia de justiça do “caso”; (d) incomensurabilidade. Segundo o autor, “argumenta-se que a ponderação é irracional e não pode ser controlada intersubjetivamente” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 251).

Quanto à primeira crítica, Gavião Filho (2011, p. 252) salienta que reside na suposta ausência de critério objetivo, racional e obrigatório. Isto é, não há mecanismos que obriguem a utilização, não estando delimitada a forma: o exame da medida judicial é diverso do exame de um ato administrativo e assim sucessivamente. A ponderação seria, ainda, técnica retórica

¹⁴⁶ Não serão abordadas todas as críticas, tampouco todas as propostas de aprimoramento, uma vez que o objetivo do estudo não é esgotar a temática, mas sim propor medidas para um uso mais adequado da proporcionalidade.

que carece de conceito claro, objetivo e preciso (PULIDO, 2006, p. 53). A estrutura proposta seria tão somente formal e vazia (segunda crítica).

Quanto à terceira crítica, Pulido (2006, p. 53) acrescenta que, a partir da ponderação, seria inviável prever os resultados, a um porque particulares, a dois porque dependem das circunstâncias do caso (“justiça do caso concreto”). Com isso “o discurso de aplicação está muito próximo à identificação de situações concretas e abstratas utilizadas no sopesamento e na fórmula do peso” (PEIXOTO; ROESLER; BONAT, 2016, p. 224). Dessa forma, torna-se criticável estabelecer um raciocínio lógico-jurídico que leve a decisões concretas, o que, em consequência, gera potencial insegurança jurídica.

Além disso, argumenta-se que o exame da ponderação é subjetivo. Embora seja inviável imaginar qualquer procedimento objetivo para aplicar princípios, não há como negar que a indeterminação normativa sempre abre portas a apreciações subjetivas do julgador (PULIDO, 2006, p. 57). A proposição de uma fórmula “matemática” igualmente é alvo de críticas, já que de difícil aplicação prática.

A incomensurabilidade, por fim, está ligada (na prática dos tribunais) a extensão dada aos “bens colidentes” (aos princípios) e revelaria (na teoria) a impossibilidade de comparar as magnitudes, dado as radicais diferenças entre os bens hierarquicamente (PULIDO, 2006, p. 54). Nessa senda, não seria viável a ponderação de bens, face à impossibilidade de estabelecer hierarquia na Constituição.

4.3.2 Sistematizando as propostas

Para Schladebach (2017, p. 189), a fórmula peso (integrante da proporcionalidade) possui uma estrutura clara, trazendo “mais segurança jurídica na tarefa não simples para o aplicador do Direito: a ponderação a ser produzida por ele com dever de otimização” (SCHLADEBACH, 2017, p. 189).

Da mesma forma, Bustamante (2008, p. 285) assevera que a maior vantagem da pretensão alexyana consiste na construção de uma teoria procedimental que expõe um caminho neutro de “como argumentar”. Alexy (1999, p. 78) afirma: “muitos acham que a ponderação não é um procedimento racional. A possibilidade do exame de três fases mostra que o ceticismo acerca da ponderação é injustificado”.

Consoante Gavião Filho (2011, p. 293), “a objeção de que a ponderação é uma fórmula vazia, formal e desprovida de conteúdo, sendo incapaz de produzir uma solução correta [...] encontra resposta na teoria da argumentação jurídica racional”. Ou seja, “a ponderação tomada a sério [...] está muito longe de configurar perigo à segurança, irracionalidade e subjetividade na aplicação das normas jurídicas” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 292).

Nessa via, a maior parte das respostas às objeções está na própria teoria, na exploração adequada de seus elementos e na argumentação. Não há como olvidar, igualmente, elementos adicionais que podem servir como parâmetros à análise racional da proporcionalidade. Pretende-se, pois, pontuar os principais pontos que podem elevar o grau de segurança jurídica e preservar os espaços discricionários. Ora, de nada adianta apelar à proporcionalidade (que, insista-se, engloba a ponderação e a fórmula peso), porquanto ela não é fator automático e suficiente para resolução de casos concretos: ela pressupõe a argumentação jurídica.

A estrutura da proporcionalidade (especialmente da ponderação) pressupõe uma forte carga argumentativa (PULIDO, 2006, p. 64). Bem por isso, a fórmula peso está intimamente ligada ao discurso jurídico, expressando argumento básico formal do discurso legal (ALEXY, 2014a, p. 55). Ressalta-se que somente “a argumentação que permite desenvolver plenamente o ideal do Estado Democrático de Direito” (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 147).

Então, em primeiro lugar, imperioso impor uma argumentação jurídica às decisões que desbordam acerca da proporcionalidade, até mesmo porque “no que toca ao Estado Democrático de Direito, uma das características que lhe podem ser apontadas é a exposição pública das razões que justificam as decisões jurídicas” (MARTINS; ROESLER; DE JESUS, 2011, p. 208). De fato, “o Direito é uma disciplina argumentativa” (MACCORMICK, 2008, p. 19).

A dificuldade aplicativa da ponderação não pode significar óbice a sua utilização, ainda mais em um ordenamento jurídico em que os direitos fundamentais apresentam forte força normativa. Assim, é imperioso (a) melhorar a argumentação jurídica; (b) buscar mais racionalidade ao processo de justificação; (c) apresentar fundamentação consistente com dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão tomada (LIMA, G. 2008a).

Ademais, conforme Marco Gonçalves (2013, p. 31), “uma teoria do Direito deve contribuir para essa almejada previsibilidade jurídica, se não fornecendo meios para obter

certeza na aplicação do Direito – o que seria impossível – ao menos exercendo um ‘papel modesto’ de redução das incertezas”.

Com isso, buscando o equilíbrio e essa redução de incertezas (e não sua ampliação), em segundo lugar¹⁴⁷ a análise da proporcionalidade deve levar em consideração o que aqui designa como “filtros argumentativos”, a fim de angariar maior racionalidade:

Primeiramente, a decisão deve ser fundamentada a partir de argumentos universalizáveis, aplicáveis a todos os casos com as mesmas características. Em seguida, a decisão precisa obedecer tanto ao requisito da consistência (não contradizendo o ordenamento jurídico) quanto ao da coerência (“fazendo sentido” em relação aos princípios jurídicos) (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 145).

Significa dizer: uma decisão deve “em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade, e, em segundo lugar que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (que cumpra os requisitos de consistência e coerência) e em relação ao mundo” (ATIENZA, 2006, p. 127), que traduz o argumento consequencialista. Como se vê, os “requisitos” mencionados fazem parte da teoria da argumentação de MacCormick (2008), quais sejam: universalizabilidade, consistência e coerência. Acresce, ainda, as consequências.

Quanto à universalizabilidade, MacCormick (2008, p. 131) afirma que “não há nenhuma justificação sem universalização: a motivação não precisa de universalização; a explicação requer generalização”. A partir desse requisito, casos iguais devem ser tratados de forma igual. Portanto, “os argumentos utilizados na justificação de uma decisão judicial devem ser expressos na forma de um princípio aceitável universalmente (sendo, pois, universalizável), aplicável a todos os casos com as mesmas características” (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 140).

Diga-se: o elemento está intimamente ligado ao ideal de segurança jurídica, porquanto preza pela realização da “justiça de acordo com a lei, bem como ao sistema de precedentes. Como já foi visto, o Estado Democrático de Direito possui como elementos centrais a certeza e a segurança jurídica, e o respeito à lei e às decisões passadas é uma forma de concretização desse ideal” (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 140).

¹⁴⁷ O atendimento a esses elementos revela contraponto à objeção de que a proporcionalidade serviria somente como instituto da “justiça do caso”.

Não basta apenas suscitar a “proporcionalidade” como um álibi a manobras jurídicas. Deve-se atentar, antes de tudo, ao requisito argumentativo, porquanto o “Estado de Direito exige que essas intervenções sejam sempre, e mostrem sempre, fundadas em um direito preestabelecido de algum modo julgado apropriado” (MACCORMICK, 2008, p. 132).

Quanto à consistência MacCormick (2006, p. 255) destaca que uma decisão não pode contradizer com as normas do Direito estabelecidas, tampouco as vinculantes. Não se desconhece que “em qualquer sistema jurídico irão quase certamente conter alguns elementos explicitamente contraditórios” (MACCORMICK, 2008, p. 71). Uma teoria completa e satisfatória da interpretação do sistema deve ser, pois, consistente e livre de contradições (MACCORMICK, 2008, p. 72).

Portanto, a solução e a interpretação devem ser construídas de forma consistente em relação ao Direito (MACCORMICK, 2008, p. 71), até mesmo porque “uma decisão inconsistente é extremamente frágil do ponto de vista argumentativo” (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 142). Ainda, “quando afirmamos que uma decisão judicial é inconsistente, no entanto, estamos nos referindo a uma perspectiva distinta, que é a da decisão em relação a normas ou em relação a si mesmo” (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 143).

No que tange à coerência¹⁴⁸, MacCormick (2008, p. 248) frisa que “é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ na sua totalidade”. Assim, há a coerência normativa e a coerência narrativa. A primeira relaciona a justificação no contexto do sistema; a segunda “relaciona à justificação de descoberta de fatos e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas” (MACCORMICK, 2008, p. 247).

A coerência torna-se um ideal das normas do ordenamento jurídico e da própria decisão judicial. Se é verdade que a decisão passará a integrar o ordenamento (notadamente quando for considerada um “precedente”), parece forçoso reconhecer a necessidade de

¹⁴⁸ Para Alexy (2011c, p. 118-119) “o conceito de coerência deve ser distinguido daquele da consistência. Uma teoria é consistente se ela não mostra nenhuma contradição lógica. O conceito de coerência pode ser formulado de maneira que ele inclua o da consistência como lado negativo da coerência. Aqui, ele deve ser relacionado somente a conexões positivas. A questão é, de que tipo são as relações que criam tais conexões positivas. Minha resposta diz: são relações de fundamentação. Com isso, o conceito de fundamentação é a chave para a análise do conceito de coerência. Isso ele pode ser, porque entre os conceitos da fundamentação e da coerência existe uma relação conceitualmente necessária”. Dessa forma, o autor subdivide em três grupos os critérios de coerência: “a) em tais, que dizem respeito imediatamente a propriedades da estrutura da fundamentação de um sistema de declarações, b) em tais, que valem as propriedades dos conceitos que encontram emprego em um sistema de declarações, e c) em tais, que concernem a propriedades do âmbito do objeto de um sistema. Os critérios do segundo e do terceiro grupo dizem respeito, sem dúvida, não imediatamente, contudo, mediadamente, a propriedades da estrutura da fundamentação” (ALEXY, 2011c, p. 120). Em que pese não defina “coerência” como em MacCormick, Alexy defende a argumentação coerente.

coerência interna (premissas sem contradição) e sistêmica (decisões em relações a outras e às normas) (MARTINS; ROESLER; DE JESUS, 2011, p. 219).

Gunther (2000, p. 98) afirma que “uma norma jurídica é aplicada de uma maneira adequada, se ela coincide com todo material jurídico (isto é, lei ou Direito consuetudinário, objetivos legislativos, precedentes, doutrina jurídica etc.)”. Com isso, a argumentação a partir da coerência engloba tanto a investigação de princípios e valores que dão sentido às normas (especialmente às regras), reconstruir a coexistência de normas e aplicar os princípios (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 144). Quanto às decisões judiciais, imprescindível que sejam inseridas em um contexto de coerência sistêmico.

Em relação à consequência, MacCormick (2008, p. 139) discorre que não basta verificar as consequências casuais e os resultados particulares. O julgador deve questionar quais serão os comportamentos serão permitidos e quais comportamentos serão proibidos com sua decisão (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2017, p. 145). Deve-se avaliar as implicações jurídicas do caso em relação a outros potenciais casos.

Ainda na via argumentativa, com o maior enfoque na estrutura da ponderação, tem-se a terceira proposta. Conforme Sieckmann (2014, p. 310), deve-se pautar a justificação racional por meio de argumentos normativos para evitar uma ponderação irracional e subjetiva. Nesse plano, diminui-se substancialmente a possibilidade do afastamento de regras em decorrência de argumentos que não deveriam ser levados em consideração.

A ponderação revela um raciocínio-lógico apto à solução de conflitos mediante enfrentamentos principiológicos (principalmente, direitos fundamentais), positivados no ordenamento brasileiro. Para Sarmiento (2000, p. 99) a ponderação “só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto”, cabendo ao intérprete “verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso”.

Observa-se, porém, nos tribunais enfrentamentos na ponderação entre bens distintos (“valores” e “interesses” não normatizados), mediante argumentos políticos e ideológicos. Nada impede a valoração e inserção desses em decisões, mas o peso maior deve recair a argumentos normativos, especialmente quando se debate a regra propriamente dita. O genuíno uso da proporcionalidade se configura tão somente com a colisão entre princípios constitucionais efetivos.

Em quarto lugar – e intimamente interligado ao último tópico – está a relevância do peso abstrato dos bens em colisão. Pulido (2006, p. 62) discorre que o peso abstrato dos princípios varia de acordo com a hierarquia do ordenamento. Normalmente, o peso abstrato é desconsiderado nas ponderações do aplicador, contudo essa apreciação eleva o nível de racionalidade¹⁴⁹.

Revela-se funcional abordar sobre esse tema, notadamente em colisões entre bens de inegável hierarquia diferenciada, o que foi verificado no âmbito dos tribunais (princípio constitucional e infraconstitucional, por exemplo). Em outras palavras: se não for possível evitar uma colisão entre bens distintos hierarquicamente (“valor” e “princípio” positivado), o peso abstrato do princípio para o ordenamento torna-se decisivo na colisão.

Quanto ao ponto, importa ressaltar a contribuição de Bustamante (2008). Conforme o autor (BUSTAMANTE, 2008, p. 289), em tese, não existe e nem teria como existir hierarquia entre os princípios constitucionais (o que tornaria essa parte da fórmula dispensável). Contudo, para resolver o problema da “ausência de classificação dos princípios quanto ao peso abstrato” (BUSTAMANTE, 2008, p. 287), fornece critérios para estabelecer uma escala racional.

Inicialmente, a partir do grau de dificuldade de superação concreta, Bustamante (2008, p. 289-290) escalona princípios de restringibilidade excepcional, ocasional e ordinária. Isso porque, embora não haja hierarquia rígida (e em teoria não haja “escalonamento”), é viável definir certo grau de importância ao ordenamento (BUSTAMANTE, 2008, p. 290).

Bustamante (2008, p. 293-299) – após a verificação da classificação de princípios em Canotilho (BUSTAMANTE, 2008, p. 291-293) – propõe critérios para determinar o grau de restringibilidade. O primeiro critério reside na importância da coerência para o sistema jurídico¹⁵⁰. O segundo critério revela a ligação com os direitos individuais e a necessidade de priorização em relação aos coletivos¹⁵¹. Já o terceiro critério revela a relação de precedência

¹⁴⁹ Esse seria uma resposta à crítica da “incomensurabilidade”.

¹⁵⁰ O primeiro critério resulta em três diretivas: “d1: Quanto maior o número de subprincípios e regras sustentadas em sentidos rigorosos por um princípio P, mais esse princípio contribui para a coerência do sistema; d2: Quanto maior o grau de generalidade de um princípio, mais ele contribui para a coerência do sistema jurídica; d3: Princípios formulados em termos universais têm prima facie, maior relevância para a coerência do sistema” (BUSTAMANTE, 2008, p. 294-295). Observa-se a importância da coerência em uma perspectiva do ordenamento para às decisões. Corrobora, pois, a proposta de adotar a argumentação pautada em coerência, universalizabilidade, consistência e consequências.

¹⁵¹ Esse critério revela a seguinte diretiva: “*Prima facie*, os princípios que consagrarem direitos individuais terão peso abstrato superior àqueles que estabelecerem bens de interesse coletivo” (BUSTAMANTE, 2008, p. 298).

prima facie dos princípios que carregam ideais de liberdade e igualdade (BUSTAMANTE, 2008, p. 298)¹⁵².

Em quinto lugar, no que tange à definição do grau de importância dos princípios em colisão em concreto, convém destacar a proposta de Pulido (2006). Para o autor (PULIDO, 2006, p. 59) as objeções somente são superadas adotando um modelo de ponderação com conceitos claros e uma estruturação precisa. Nessa via, o autor propõe uma ampliação à fórmula peso, mediante duas premissas normativas e cinco premissas empíricas.

As premissas normativas são duas. A primeira refere ao significado da relevância da posição de cada princípio, considerando o ponto de vista de sistema legal e político (PULIDO, 2006, p. 69). A segunda premissa refere à importância da posição jurídica, tendo em vista o conteúdo (PULIDO, 2006, p. 70).

As premissas fáticas relacionam-se ao efeito que a medida tem para os princípios em exame. A importância para o autor depende da eficiência, velocidade, probabilidade, alcance e duração em relação com o que a medida afeta e satisfaça. Quanto mais eficiente, veloz, provável, potente e duradouro for o ato examinado para afetar e satisfazer aos princípios, maior será a importância de tais princípios (PULIDO, 2006, p. 70). A partir disso, complementa também o autor a fórmula peso, detalhando a segurança das suposições em três: (a) premissas empíricas (peso concreto); (b) premissas normativas (peso concreto); e (c) premissas normativas (peso abstrato) (PULIDO, 2006, p. 72).

Em sexto lugar, relevante apontar a importância dos princípios formais na ponderação para os casos em que a colisão envolve a regra. De acordo com Victorino (2013):

Surge então a figura dos princípios formais, dentre eles o da competência decisória do legislador, que deve prevalecer em absoluto nos casos em que o juízo de ponderação in abstracto cujas premissas empíricas são incertas e os princípios envolvidos estão em situação de paridade; nas demais situações em que essa paridade não se demonstra evidente, a competência decisória do legislador deve participar do juízo de ponderação sempre com a ideia de que seja otimizada.

Com efeito, no Brasil “sequer se presta atenção àquilo que Alexy chama de princípios formais, mais resistentes à ponderação” (TRINDADE; STRECK, 2014). Deve-se evitar,

¹⁵² Para Pulido (2006, p. 71), o peso abstrato depende da busca do julgador e da teoria que adota acerca da Constituição. Sendo a teoria individualista, maior será o peso da liberdade. Se adotar uma teoria comunitária, o peso será maior aos princípios conectados aos bens coletivos. Cabe, assim, ao juiz resolver cada caso de acordo com a melhor teoria, até mesmo porque a resposta correta não deriva da Constituição.

contudo, “a generalização de que o princípio formal da competência decisória do legislador sempre deve prevalecer em qualquer juízo de ponderação” (VICTORINO, 2013). A importância dos princípios formais se revela ao proporcionar um maior peso à ponderação do legislador, o que não significa “engessamento” do sistema.

Não basta suscitar o princípio formal apenas em caso de empate, ele tem de ser objeto de apreciação e deliberação pelo julgador de forma efetiva. De fato, os autores constitucionais aferiram uma colisão de princípios ao emitir a regra, razão pela qual o princípio formal da autoridade da Constituição exige a observância da regra (ALEXY, 2014a, p. 63).

Não há como negar a dificuldade de inserir tudo em uma fórmula matemática. Muito embora as hipóteses do uso da proporcionalidade devam ser restringidas (próximo tópico), o ceticismo em relação a tal uso na acepção original (com a verificação real na fórmula) é encarado com naturalidade.

No entanto, o raciocínio lógico proposto não demanda a inserção na fórmula peso: é preciso, antes de tudo, entendê-la e aplicar as propostas. A ponderação permanecerá intacta, mais precisamente na avaliação do grau de importância do princípio-fim e o grau de intervenção no princípio colidente. Ao final, será avaliado se a intervenção é proporcional, ou seja, se os benefícios da concretização superam os custos da intervenção. Permanece o ideal de proibir excesso e vedar uma proteção deficiente.

O que aqui se propõe é dar uma maior atenção a alguns elementos estruturais, observando, ainda, outros aspectos que aprimoram a teoria. Em resumo, pode-se dizer: (a) a proporcionalidade pressupõe em toda sua análise a argumentação jurídica; (b) a análise deve ser permeada pela verificação dos elementos da universalizabilidade, consistência, coerência e consequência; (c) a justificação racional deve se dar por meio de argumentos normativos em essência; (d) não pode ocorrer a desconsideração do peso abstrato dos bens colidentes, havendo critérios relevantes para atribuição desse peso; (e) a definição do grau de importância dos princípios em colisão em concreto depende da aferição de critérios argumentativos sustentados por premissas empíricas e fáticas, devendo ser observado o grau de segurança das suposições; (f) os princípios formais são fatores importantes no caso de avaliação de regras.

A observância dos critérios mencionados oferta potencialmente uma maior segurança jurídica às decisões judiciais, a um porque há exigência de uma maior fundamentação; a dois porque argumentos normativos são valorizados; a três porque é verificado o peso abstrato e

concreto da colisão de forma detida; a quatro porque há filtros argumentativos que expõe um ideal de sistema.

A verificação detalhada dos pontos, em especial dos princípios formais, traz uma harmonização à separação de poderes. A democracia representativa só seria superada por uma efetiva representação argumentativa. Além disso, se tem uma maior valorização da regra (ponderação do legislador), porquanto há uma maior dificuldade de afastá-la do ordenamento. Isso tudo importa em uma autêntica valorização dos elementos do Estado de Direito.

4.3.3 Em busca do uso adequado

A partir dos apontamentos do tópico anterior e das constatações acerca do uso da proporcionalidade nos tribunais, o presente tópico tem o condão de propor a aplicação adequada da proporcionalidade no contexto brasileiro. Há a necessidade de verificar em quais hipóteses e de que forma a proporcionalidade deve ser utilizada adequadamente.

A delimitação da proposta deverá abordar os seguintes pontos: (a) qual deve ser o “sentido” da proporcionalidade; (b) quais são os “meios” que devem ser avaliados; (c) quais formas o uso torna-se mais adequado; (d) quais devem ser os “bens colidentes” da ponderação; (e) quais “consequências jurídicas” a análise deve ocasionar. Como já foram abordados diversos parâmetros, pretende-se expor de forma sintética.

De início é importante registrar que a proposta não é definitiva e não significa óbice à utilização da proporcionalidade em sentidos diversos. Porém, pretende-se – insista-se – propor algo prático e palpável ao aplicador.

Nas decisões trazidas no tópico 4.1, verificou-se o uso da proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade, proibição de excesso, equidade, entre outros (conforme item 4.2.3). Desse modo, em primeiro lugar, deve-se definir qual o efetivo sentido da proporcionalidade, em especial quando se pretende utilizar em sua acepção teórica.

Como já frisado no segundo capítulo, a proporcionalidade deve constituir instrumento para aferição de meios que restrinjam direitos fundamentais, razão pela qual é também “limite dos limites” (LIMA, G. 2008b, p. 68). Para Virgílio Afonso da Silva (2002, V. p. 24), “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com

que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições”.

O devido sentido da proporcionalidade está em sua acepção original, devendo-se atentar em síntese: (a) ao seu caráter instrumental; (b) a sua expressão como raciocínio lógico-jurídico; e (c) a análise de uma relação meio-fim que pressupõe uma colisão entre bens jurídicos.

Além disso, conforme George Lima (2008b, p. 76):

[Na proporcionalidade] está embutida tanto a idéia de vedação de excesso quanto de vedação de insuficiência, no sentido de que o Estado deve agir eficazmente para proteger os direitos fundamentais. A vedação de insuficiência decorre diretamente do dever de proteção e de promoção já mencionados, de modo que o poder público deve adotar medidas suficientes para impedir ou para reprimir as violações aos direitos fundamentais.

Ao atribuir esses dois significados, o autor restringe o âmbito de aplicação, mais precisamente os “bens colidentes”. Nesse ínterim, pressupõe-se: (a) a restrição de direitos fundamentais; (b) colisão com outro direito fundamental, constituindo o “fim” da relação jurídica estabelecida. Ao final, se os “benefícios” não superam os “custos” da medida, ou, em outra via, se a medida proporciona proteção insuficiente, há desproporcionalidade.

Estruturalmente a proporcionalidade está construída para atender a colisões entre direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A ponderação de valores, interesses e princípios infraconstitucionais deve ser evitada, porquanto haverá dificuldades aplicativas. Diga-se: as propostas do tópico anterior foram ventiladas pressupondo tais colisões (por essa razão a importância do peso abstrato).

Por outro lado, a ponderação de regras é inviável na estrutura da ponderação. As regras são mandamentos definitivos. Os princípios comandos a serem otimizados. A dicotomia, entretanto, não fica evidenciada em todos os casos, pois as regras possuem carga valorativa e vagueza semântica. Isso não importa na existência de “peso” às regras. Ou elas são aplicáveis ou não. Seja como for, também por essa razão, a limitação do uso a bens constitucionais racionaliza a operacionalização da proporcionalidade, sendo pressuposto do aplicador demonstrar de forma clara os elementos que serão objetos da análise.

A partir das decisões judiciais, verifica-se que o “meio” avaliado pode ser um “fato”, um ato administrativo, um ato judicial ou uma regra jurídica em sentido amplo. Quanto ao

ponto, resta aferir se a utilização da proporcionalidade é adequada ou não. Conjuntamente, será verificada a forma e a consequência jurídica.

Tomando como parâmetro o uso instrumental em face de uma colisão de direitos fundamentais, a proporcionalidade é adequada para avaliar o “fato”. O uso deve ser das três sub-regras, com a análise subsidiária dos elementos. Isso porque nada impede ao aplicador a análise das sub-regras uma a uma, delimitando, eventualmente, medida(s) alternativa(s), que serão, posteriormente, objeto(s) da análise da ponderação.

Destaca-se que uma demanda judicial pode ter fatos ainda não constituídos (autorização para uma reportagem jornalística, por exemplo) e fatos já constituídos (reportagem jornalística já foi publicada, por exemplo). No primeiro caso, o julgador pode delimitar medidas alternativas que será objeto de exame. No segundo, o julgador está limitado ao meio pré-definido, embora isso também não coíba de estabelecer meios alternativos reparatórios. A consequência jurídica será a aplicação do direito pelo julgador, mais consistente na interpretação de normas constitucionais (de direito fundamental).

Quando se fala em proporcionalidade do ato administrativo, deve-se ter um cuidado maior. Segundo Hely Lopes Meirelles (2011, p. 154), “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Diversas são as classificações, mas ao presente estudo interessa a diferenciação entre atos vinculados e discricionários. Quanto aos primeiros “são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização” (MEIRELLES, 2011, p. 172). Os segundos, por outro lado, “são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo de seu destinatário, de sua conveniência, e sua oportunidade e do seu modo de realização” (MEIRELLES, 2011, p. 173).

Quanto aos atos vinculados, a ação do administrador está vinculada à lei, de modo que “não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato” (MEIRELLES, 2011, p. 160). Aqui o controle do Poder Judiciário em um primeiro momento é verificar se de fato os pressupostos foram preenchidos ou não. Há o controle de legalidade. O controle de proporcionalidade, por sua vez, deve se ater não ao ato em si, mas quanto à lei que o ensejou.

No que se refere aos atos discricionários, Meirelles (2011, p. 160) frisa que “desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação”.

Assim, a proporcionalidade tem – em princípio – papel restrito. No entanto, se é viável a declaração de inconstitucionalidade da regra (“superação” do Legislativo), também é possível verificar a proporcionalidade do ato discricionário (“superação” do Executivo) à luz de potenciais colisões principiológicas. A forma de uso será posteriormente abordada. A consequência jurídica é a anulação (afastamento) do ato administrativo em face de sua inconstitucionalidade.

Quanto aos atos judiciais, o uso instrumental da proporcionalidade não se mostra adequado, até porque são raros os casos em que o meio seria genuinamente esse tipo de ato. O exemplo trazido no tópico 4.2.1 (valor dos “alimentos” fixados pelo juiz) está muito mais ligado ao ideal de razoabilidade. Quando há a revisão da decisão judicial do primeiro grau, não se está a avaliar a decisão em si, mas sim os fatos (ou a regra ou o ato administrativo). A questão da intensidade e da proporção da medida não se conecta à proporcionalidade instrumental aqui abordada.

Em relação às regras, é preciso atentar para alguns aspectos de forma preliminar. A proporcionalidade é composta por três elementos. A partir da doutrina, é inegável que a análise se fixa de forma muito mais contundente no terceiro exame: a proporcionalidade em sentido estrito. As sub-regras da adequação e da necessidade são rotineiramente ignoradas.

Convém ressaltar, ainda, que nos julgados, quando há análise da adequação e necessidade, eles são profícuos, o que não impede a verificação das outras sub-regras. Isso é absolutamente criticável na prática e na teoria, em especial quando se está diante da possibilidade de afastar regras jurídicas.

São dedicados inúmeros estudos à ponderação e poucas linhas são vislumbradas em relação aos dois primeiros exames. Se levar a teoria ao pé da letra, basta ao aplicador afastar a regra em face de sua inadequação (não atinge ao fim) ou da necessidade (há outra medida que afeta menos).

Inicialmente é de se destacar que são raros os casos que as leis são declaradas inconstitucionais por motivos de inadequação. Isso porque a medida aplicada pelo legislador

promove seus objetivos até certo ponto, o que é suficiente para o exame da adequação (ALEXY, 2014a, p. 53).

A questão, porém, fica delicada ao verificar a necessidade. Paulo Branco (2009, p 175) ressalta:

O controle da necessidade traz consigo questões melindrosas de separação de poderes. A eleição do melhor meio para atingir uma finalidade constitui aspecto que se relaciona com opção de oportunidade e conveniência, de que o controle judicial tende a se apartar em deferência aos atores políticos. Cuida-se, novamente, aqui, de avaliação de fatos e de políticas, mas o que se pretende é coarctar situações de clara arbitrariedade e abuso do poder (BRANCO, 2009, p. 175).

Acentua-se que o exame da necessidade não significa que o aplicador deva escolher a hipótese menos restritiva (na hipótese de análise da regra). O que se deve fazer é julgar desproporcional a medida, porque constatada a existência de outras medidas que atingem o fim com a mesma intensidade, com um “custo” (uma restrição) menor. Entretanto, o exame da necessidade é potencialmente nocivo, pois coloca em jogo a avaliação de medidas alternativas, o que importa torna o julgador em legislador.

Partindo desse pressuposto, é possível concluir: (a) a análise sucessiva dos elementos da proporcionalidade pouco (ou nada) acrescenta; e (b) a verificação da aptidão e da necessidade no âmbito da avaliação das regras é dispensável. Para Alexy (2014a, p. 54) as duas primeiras análises otimizam em relação às possibilidades fáticas, aferindo os custos evitáveis. Todavia, como custos são inevitáveis em caso de colisões, a ponderação entra em cena no que tange as possibilidades jurídicas. Essa afirmativa apenas corrobora a proposta.

Como se está avaliando as “regras jurídicas”, o que deve verificar são as possibilidades jurídicas, logo o exame do aplicador em relação às regras deve restringir à ponderação. Nessa via Sieckmann (2014, p. 283) aduz que a ponderação autônoma é uma alternativa possível.

O exame sucessivo e subsidiário da proporcionalidade tem uma lógica efetiva muito maior quando se pretende definir um meio proporcional, não quando se pretende avaliar esse. No que toca às regras, isso fica evidente. Possibilitar ao julgador afastar a regra pura e simplesmente porque há medida alternativa (não legislada) mais benéfica e com um menor “custo” pode traduzir em uma decisão política e ideológica, desvinculada de toda

argumentação que preza a ponderação. Pode, além de tudo, significar um rompimento aos espaços definidos.

Diverso seria possibilitar ao julgador entender desproporcional o fato porque há medidas alternativas. Isso está na sua margem de discricionariedade, porquanto não envolve um conflito entre os poderes constituídos. Mesma lógica quanto aos atos administrativos discricionários.

Portanto, quanto a tais “meios”, a ponderação não deve ser precedida da adequação e da necessidade. Ademais, conforme Daniel Sarmiento (2000, p. 148), “aconselha-se redobrada cautela nesta tarefa, para evitar-se que o juiz imponha, por vias oblíquas, as suas opções políticas e ideológicas, em detrimento daquelas feitas pelos representantes do povo”. Ou seja, é imperiosa uma análise da ponderação sob todos os seus aspectos, inclusive os elencados no tópico 4.3.2.

A consequência jurídica da desproporcionalidade, nessa perspectiva, é sua inconstitucionalidade, uma vez que se pressupõe a colisão entre bens constitucionais. Decorrente lógica é o afastamento da regra do ordenamento. Assim, tendo em vista esse notável efeito ao ordenamento, a proporcionalidade deve ser analisada de forma contundente, minuciosa e criteriosa, com especial observância aos filtros argumentativos especificados, os quais revelam o ideal de segurança jurídica.

Ainda há, em tese, a possibilidade do “meio”, objeto da proporcionalidade, ser uma “regra” e, ao mesmo tempo, um “fato”. No tópico 4.2.4 foram expostos três casos: (a) aborto até o primeiro trimestre (BRASIL, 2016b); (b) aborto de fetos anencéfalos (BRASIL, 2013); e (c) inclusão no regime tributário do SIMPLES tendo em vista as peculiaridades do caso (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

A diferença reside no “fato”, na particularidade que se está avaliando. A consequência jurídica de sustentar que aborto até o primeiro trimestre não constitui crime é a quebra da moldura, do núcleo central da regra: não são casos específicos. Diga-se: o fato avaliado “aborto até o primeiro trimestre” não pode ser tido como específico. Portanto, a consequência jurídica da decisão seria a declaração de inconstitucionalidade da norma.

No julgamento acerca da possibilidade do aborto de fetos anencéfalos foram abordados casos específicos, particulares e não previsíveis ao legislador. Logo, a consequência jurídica é

o surgimento de uma exceção judicial. Há, em tese, o fenômeno da derrotabilidade da regra jurídica, vez que se está diante de exceção judicial¹⁵³.

No terceiro caso (inclusão no regime tributário do SIMPLES) a consequência jurídica da decisão não foi a criação de uma exceção judicial, mas sim a adoção de novos critérios à regra. O Poder Judiciário – tendo em conta fatos previsíveis à época em que criada a norma – entendeu que seria “injusto” vedar a inclusão no regime tributário, em primeiro lugar porque a dívida era baixa, em segundo porque o pagamento se deu um dia após a data limite. Ora, se a lei impôs esses critérios, a forma de aplicação da regra é a subsunção. Permitir ao Poder Judiciário o subjetivismo de adotar novos critérios significaria estender prerrogativas próprias do Poder Legislativo.

Ou seja, quando se está diante da regra e de fatos, há três possibilidades: (a) afastamento da regra (quando o “fato” enseja a quebra do núcleo essencial); (b) criação de uma exceção judicial (quando o “fato” era imprevisível ao legislador¹⁵⁴ e não há a quebra do “núcleo”); e (c) criação de novos critérios à regra.

Ao contrário do que possa parecer, o afastamento da regra é o menor problema que se tem, porquanto o ordenamento permite o controle de constitucionalidade e legalidade pelo Poder Judiciário (desde que observados parâmetros argumentativos). O problema está, precisamente, na criação de uma exceção ou de novos critérios.

A partir disso, torna-se questionável a extensão do uso da proporcionalidade, visto que a mesma não é concebida para avaliar os critérios específicos da regra e da “opção legislativa” (a não ser quando esses ensejam a desproporcionalidade da regra). Se assim fosse, haveria uma usurpação excessiva da margem discricionária. A “revisão” da proporcionalidade do legislador pelo Poder Judiciário deve ser permitida para aferir se as razões de sustentação da regra (colisão entre “princípios”) permitem que essa permaneça no ordenamento (controle de constitucionalidade).

Quando se fala em proporcionalidade da “regra” e ao mesmo tempo do “fato”, o uso deve ser restringido à avaliação da regra em si. Ato contínuo, o “fato” propriamente dito deve ser avaliado separadamente, levando em conta critérios diferenciadores (como “particularidade”, “previsibilidade” e extensão dos efeitos da decisão)¹⁵⁵, bem como

¹⁵³ A derrotabilidade das regras jurídicas não é objeto do presente estudo.

¹⁵⁴ Nesse sentido, vide Hart (2011) e Hart (1948-1949).

¹⁵⁵ O intuito do presente estudo não é o definir critérios em relação a tais fenômenos, mas apenas fomentar a necessidade de diferenciação.

argumentos ligados à segurança jurídica, notadamente universalizabilidade, consistência, coerência e consequências.

Quando o “fato” enseja a mudança do critério da regra, como, por exemplo, sua “flexibilização”, sendo a regra proporcional, a decisão é potencialmente arbitrária. Quando, porém, o “fato” enseja a criação de uma exceção judicial, a decisão poderá ou não ser arbitrária. Isso dependerá da análise de critérios que – insista-se – não são objetos do presente estudo.

A partir de todas essas verificações, perceptível que a proporcionalidade e sua instrumentalidade são pertinentes também à racionalização do processo legislativo. A proposta de Jorge Reis Novais (2012, p. 126-133, tópico 3.2.3), acrescida da avaliação dos elementos argumentativos da ponderação e dos seus filtros (tópico 4.3.2), implementaria significativa racionalidade a esse processo.

O Poder Legislativo propõe medidas. Assim, a avaliação comparativa entre graus e, ao mesmo tempo, entre medidas, reforça a importância da proporcionalidade no Poder Legislativo.

Ainda, há de se destacar que a proporcionalidade não é um instrumental obrigatório do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo. Uma decisão racional não pressupõe o exame da proporcionalidade em todas as suas acepções, o que não retira dela o caráter de raciocínio lógico-jurídico racional. Todavia, para os casos de colisões entre princípios – notadamente direitos fundamentais – a ponderação é pressuposto.

A devida análise da proporcionalidade – ao contrário do que apregoam as críticas – eleva o grau de certeza jurídica e diminui substancialmente a conduta arbitrária do julgador. Em termos práticos, para o julgador basta dizer que a regra é inconstitucional em face da contrariedade ao princípio. Na proporcionalidade, será expandida a argumentação, uma vez que ela não desconhece da relação de precedência das regras e da constante tensão entre princípios.

Por fim, é imprescindível verificar detidamente os aspectos em jogo para, posteriormente, fazer o uso adequado da proporcionalidade. Em que pese a complexidade do ordenamento, os elementos devem estar devidamente caracterizados para que seja procedido um exame correto, dentro de limites racionais e argumentativos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação procurou investigar e solucionar problemas identificados na proporcionalidade. Assim, questionou-se em que medida deveria de ser utilizada a proporcionalidade de modo a preservar os elementos do Estado de Direito. O estudo partiu da hipótese inicial de que a proporcionalidade é um instituto que tem suas raízes no Estado de Direito e, por conseguinte, pressupõe critérios racionais para sua utilização e para o seu exame.

A hipótese restou provada. No entanto, para atingir conclusões definitivas, o trabalho perpassou por uma revisão bibliográfica e jurisprudencial. Essa revisão possibilitou diversas conclusões parciais, sem as quais não seria viável responder à pergunta de pesquisa. As conclusões parciais foram as seguintes:

- a) O Estado de Direito possui quatro elementos essenciais: um conjunto de normas ordenadas (formalmente), segurança jurídica, “democracia” e direitos fundamentais. Esses elementos são intrínsecos ao Estado de Direito e estão positivados na CF, estando em constante tensão;
- b) A principal fonte para concretizar os objetivos do Estado de Direito é a lei escrita, oriunda da tradição da *civil law*. Todavia, atualmente há a aproximação com a tradição da *commn law*, resultando em uma maior valorização do Poder Judiciário;
- c) Independentemente do fenômeno jurídico, a separação de poderes é intrínseca ao Estado de Direito, sendo necessário diálogo entre os poderes, porquanto não pode se ter margens discricionárias ilimitadas;
- d) O Poder Legislativo está em crise institucional, uma vez que desacreditado pelos cidadãos, impondo-se a racionalidade do processo legislativo, bem como dignificar a legislação;
- e) A crise do Poder Judiciário se dá em razão de inúmeros fatores, destacando-se o abarrotamento de demandas e uma postura ativista dos juízes;
- f) O Direito possui uma textura aberta, sendo o espectro de atuação do Poder Judiciário imenso. A atuação do Poder Judiciário vai da simples aplicação da norma, ao afastamento da mesma. Isso gera, por vezes, insegurança jurídica e abalos à estrutura de separação de

poderes. Seja como for, é possível constatar que as regras são balizadoras para a aferição das consequências jurídicas das decisões emanadas;

g) A proporcionalidade está inserida nesse contexto, porque estabelece um raciocínio lógico-jurídico para solução de casos. A utilização do instituto cada vez mais aparece em decisões judiciais, nos mais variados contextos, gerando consequências jurídicas diversas;

h) A distinção entre regras e princípios é essencial para compreender a proporcionalidade. Enquanto regras constituem mandamentos definitivos, os princípios são comandos a serem otimizados. Esse fato demonstra que há uma relação de precedência das regras, até mesmo em decorrência dos princípios formais;

i) O conflito de regras, a colisão entre princípios e o conflito de regras e princípios são solvidos de maneira diversa;

j) Os direitos fundamentais são princípios e, a partir disso decorre a proporcionalidade, a qual estabelece um raciocínio lógico-jurídico para a solução de casos, que observa três passos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito);

k) O ordenamento pode ser vislumbrado sob a ótica da proporcionalidade, especialmente porque há um raciocínio lógico aparentemente adequado para decisões judiciais e para a confecção de regras. Esse olhar pode ser, por um lado, benéfico, porque potencialmente racionaliza o Direito como unidade lógica. Por outro, pode ser prejudicial, porque institucionaliza a possibilidade de usar indistintamente a proporcionalidade, o que acaba por banalizar o instituto;

l) A maior dificuldade da proporcionalidade está na forma que é aplicada nos tribunais. Não são raras as decisões que utilizam o “princípio da proporcionalidade”;

m) As decisões judiciais utilizam a proporcionalidade muitas vezes de forma aleatória nas mais diversas áreas do Direito;

n) A proporcionalidade pressupõe uma relação meio-fim. As decisões judiciais revelam que a proporcionalidade é utilizada em relação aos mais variados meios, envolvendo diversos bens jurídicos, com sentidos múltiplos, gerando diferentes consequências jurídicas;

o) A forma que é utilizada a proporcionalidade demonstra incoerência nas decisões. Ademais, os elementos estruturais são rotineiramente esquecidos nas decisões judiciais;

p) Constata-se um uso exagerado, imoderado, contraditório, sem uma argumentação jurídica séria. A contradição se dá, aliás, em diversas perspectivas: julgador, órgão e tribunais. Argumentos e consequências da aplicação também são ignorados. Há, ainda, uso equivocado da métrica estrutural da proporcionalidade, simplificando demasiadamente a teoria;

q) As críticas em relação à proporcionalidade não se esgotam na verificação da prática jurídica. A teoria também enfrenta críticas interligadas aos elementos do Estado de Direito.

A partir das conclusões parciais, o trabalho estruturou as seguintes respostas às críticas teóricas e práticas ao instituto:

- a) Grande parte das críticas é respondida pelo exame detido das subregras da proporcionalidade. Isso não impede aprimorar a teoria. Em suma, pode-se dizer: (i) a proporcionalidade pressupõe em toda sua análise a argumentação jurídica; (ii) a análise deve ser permeada pela verificação dos elementos da universalizabilidade, consistência, coerência e consequência; (iii) a justificação racional deve se dar por meio de argumentos normativos em essência; (iv) não pode ocorrer a desconsideração do peso abstrato dos bens colidentes, havendo critérios relevantes para atribuição desse peso; (v) a definição do grau de importância dos princípios em colisão em concreto depende da aferição de critérios argumentativos sustentados por premissas empíricas e fáticas, devendo ser observado o grau de segurança das suposições; (vi) os princípios formais são fatores importantes no caso de avaliação de regras;
- b) A observância dos critérios expostos oferta maior segurança jurídica às decisões judiciais, a um porque há exigência de uma maior fundamentação; a dois porque argumentos normativos são valorizados; a três porque é verificado o peso abstrato e concreto da colisão de forma detida; a quatro porque há filtros argumentativos que expõe um ideal de sistema;
- c) A verificação detalhada dos pontos, em especial dos princípios formais, trazem uma harmonização à separação de poderes. A democracia representativa só é superada por uma efetiva representação argumentativa, de modo a valorizar a regra (ponderação do legislador).

Contudo, identificado que o uso da proporcionalidade nos tribunais é variado, não basta expor critérios de aplicação. Assim, o estudo procurou responder quando se deve usar a proporcionalidade e em que sentido. No que diz respeito ao uso adequado, concluiu-se:

- a) O devido sentido da proporcionalidade está em sua acepção original, devendo-se atentar: (i) ao seu caráter instrumental; (ii) a sua expressão como raciocínio lógico-jurídico; e (iii) a análise de uma relação meio-fim que pressupõe uma colisão entre bens jurídicos;

- b) Estruturalmente a proporcionalidade está construída para atender a colisões entre direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A ponderação de valores, interesses e princípios infraconstitucionais deve ser evitada, porquanto haverá dificuldades aplicativas. Por outro lado, a ponderação de regras é inviável na estrutura da ponderação;
- c) Tomando como parâmetro o uso instrumental em face de uma colisão de direitos fundamentais, a proporcionalidade é adequada para avaliar o “fato”. O uso deve ser das três sub-regras, com a análise subsidiária dos elementos. A consequência jurídica consiste na aplicação do Direito, consistente na interpretação de normas constitucionais;
- d) Quanto aos atos administrativos vinculados, como a ação do administrador, está vinculada à lei, o controle de proporcionalidade não deve se ater ao ato em si, mas quanto à lei que o ensejou. No que tange os atos discricionários, a proporcionalidade tem papel restrito, sendo necessário o mesmo cuidado para a avaliação das regras. A consequência jurídica é a anulação (afastamento) do ato administrativo em face de sua inconstitucionalidade;
- e) Quanto aos atos judiciais, o uso instrumental da proporcionalidade não se mostra adequado;
- f) Quanto às regras, o exame deve ser apenas em relação à ponderação (exclui-se a verificação da “adequação” e da “necessidade”). Isso porque a ponderação avalia as possibilidades jurídicas. Os filtros argumentativos e a verificação dos princípios formais é pressuposto da análise. A consequência jurídica da desproporcionalidade é a inconstitucionalidade da regra e seu afastamento do ordenamento;
- g) Quando se está diante da regra e de fatos, há três possibilidades: (i) afastamento da regra (quando o “fato” enseja a quebra do núcleo essencial); (ii) criação de uma exceção judicial (quando o “fato” era imprevisível ao legislador e não há a quebra do “núcleo”); e (iii) criação de novos critérios à regra. A “revisão” da proporcionalidade do legislador pelo Poder Judiciário deve ser permitida para aferir se as razões de sustentação da regra (colisão entre “princípios”) permitem que essa permaneça no ordenamento (controle de constitucionalidade). Ou seja, é permitida a verificação da regra em si. A criação de uma exceção judicial deve atender a outros elementos, independentes, que não constituem objeto do estudo. Por outro lado, a criação de novos critérios à regra é potencialmente arbitrária, podendo gerar abalos à separação de poderes;
- h) A partir de todas essas verificações, a proporcionalidade e sua instrumentalidade são pertinentes também à racionalização do processo legislativo. O Poder Legislativo propõe medidas. Assim, a avaliação comparativa entre graus e, ao mesmo tempo, entre medidas, reforça a importância da proporcionalidade no Poder Legislativo.

Em que pese a complexidade do ordenamento, os elementos devem estar devidamente caracterizados para que seja procedido um exame correto, dentro de limites racionais e argumentativos. A proporcionalidade não é um instrumental obrigatório do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, apenas o é em relação aos casos em que fica caracterizada a colisão de princípios (ou bens constitucionais), em especial de direitos fundamentais.

Por fim, concluiu o estudo que a devida análise da proporcionalidade eleva o grau de certeza jurídica, diminuindo substancialmente a conduta arbitrária do julgador. Com efeito, na proporcionalidade é expandida a argumentação, de modo que o seu exame adequado concretiza as elementares do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. **Revus [Online]**, SL, 22, 2014a, p. 51-65. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/revus/pdf/2783>>. Acesso em: 10 set. 2018.
- ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71-92.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 31-47.
- ALEXY, Robert. Não-positivismo inclusivo. Para a relação entre direito e moral. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017a, p. 11-24.
- ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017b, p. 41-58.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015a.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª reimpr. São Paulo: Malheiros, 2015b.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. Um conceito não positivista de direitos fundamentais. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015c, p. 09-26.
- ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011c, p. 117-130.
- ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2011a. p. 131-153.
- ALEXY, Robert. Certeza jurídica e correção. **Boletim da Faculdade de Direito [Da] Universidade de Coimbra**, Coimbra, v.88, t. 2, p. 481-497, jan. 2012.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011b, p. 105-116.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law** 12, 2014b, p. 511-524.

ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2011d. p. 19-40.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. vol. 13, nº 3, set. 2000.

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011e, p. 155-166.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. O papel dos planos diretores na tutela do direito à cidade. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogério Gesta. **Coleção Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponível**. Porto Alegre: FMP, 2016.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v. 17, jan/fev/mar. 2009a. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>> Acesso em: 25 de ago. de 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 4, julho de 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136620/mod_resource/content/1/%C3%81VILA%20Humberto.%20A%20distin%C3%A7%C3%A3o%20entre%20princ%C3%ADpios%20e%20regras%20e%20a%20redefini%C3%A7%C3%A3o%20do%20dever%20de%20proporcionalidade%20%282%29.pdf> Acesso em: 15 de out. 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo - SP: Malheiros Editores, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O conceito tradicional de Sistema Jurídico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 106/2018, mar-abr. 2018, p. 15-48. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei** / Zenon Bankowski; (tradução Arthur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bortolozzo). – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARBOSA, Cláudia Maria; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A Impossibilidade de Aplicação da Teoria dos Precedentes no Atual Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 273, nov. 2017. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49-118.

BARROSO, Luis Roberto. Ano STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2018. Disponível em: <http://www.conjur.com.br-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 08 de ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. Ed., rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 327-378.

BELLO FILHO, Ney de Barros; FONTOURA, Luiz Fernando Pedrosa; CAMARÃO, Felipe Costa. O princípio constitucional da preservação ambiental: a constituição ambiental brasileira como sistema aberto de princípios e regras. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.19, n.76, p. 15-35, out /dez. 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 100, p. 23-37, jul./ago. 2015. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 25 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Belo Horizonte**, Belo Horizonte, v. 34, Universidade Federal de Minas Gerais, 1994, p.275-291.

BORGES, Márcio Ribeiro; VANDRESSEN, Thaís. Common Law e o novo código de processo civil: teoria dos precedentes vinculantes e outras influências. **Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**, 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/download/10154/570>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v.18, n.85, jul./ago. 2010, p. 267-296.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Planalto**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Planalto**, Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição

Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Planalto**, Brasília, DF, 04 jun. de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.034 de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. **Planalto**, Brasília, DF, 29 set. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Planalto**, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257/01 de 19 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 19 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.293, de 1º de junho de 2016. Altera a Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, que “concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe, da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Tocantins e do Distrito Federal punidos por participar de movimentos reivindicatórios”, para acrescentar os Estados do Amazonas, do Pará, do Acre, do Mato Grosso do Sul e do Paraná. **Planalto**, Brasília, DF, 01 jun, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13293.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Planalto**, Brasília, DF, 04 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.935/94 de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).

Planalto, Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Resolução nº 23.218 do TSE, de 02 de março de 2010. Dispõe sobre os atos preparatórios das eleições de 2010, a recepção de votos, as garantias eleitorais, a justificativa eleitoral, a totalização e a proclamação dos resultados, e a diplomação. **Tribunal Superior Eleitoral**: Secretaria de Gestão da Informação Coordenadoria de Jurisprudência, Brasília, DF, 02 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232182010.htm>>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.709, Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 fev. 2000. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266736>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3046. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 28 maio 2004a. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363288>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 83.191/DF, Segunda Turma. Relator: Nelson Jobin. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, v. 2139, p. 287, 13 fev. 2004b. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770460/habeas-corpus-hc-83191-df>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2004b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 413.782-8/SC. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 03 jun. 2005. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261795>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 365.368/SC. Primeira turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1194. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 set 2009a. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162533&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 855. Tribunal Pleno. Relator: Min. Octavio Gallotti, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 mar 2009b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602352>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.467/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 de setembro de 2009c. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2009c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 maio 2010. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub.)>. Acesso em: 16 out. 2018. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 97.056/DF, Primeira Turma. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 09 ago. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627837/habeas-corpus-hc-97056-df-stf?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 jun. 2012a.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2012a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 jun. 2012b.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2012b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 4.578/DF. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 jun. 2012c.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2012c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 abr. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000204170&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 126292, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 maio 2016a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 124306/RJ, Primeira Turma do Superior Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 07 dez. 2016b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 704.292. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 out. 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=277741880&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2016c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.331. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 nov. 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313246068&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 927. Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 14 fev. 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4749305>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 541. Relator; Min. Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1º out. 2018b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5550743>>. Acesso em: 16 out. 2018b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa da. **Teoria do Direito e Decisão Racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a formula de ponderacao de alexy: Um modelo funcional para a argumentacao juridica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 54, p. 76-107, jan/mar, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CADEMARTORI, Daniela. Segurança Jurídica versus Justiça na Teoria Contemporânea do Direito. Entrevista concedida por Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane org. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manoel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a, p. 197-234.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**: palestras Goodhart 1984-1985/R. C. Van Caenegem. Tradução de Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, v. 786, abr. 2001, p. 108-128. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2018.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. Uniformização da Jurisprudência e Precedentes Judiciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 978/2017, Abr/2017. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. Uniformização da Jurisprudência e Precedentes Judiciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.. 978, abr. 2017.

Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina Tema, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. O sistema da common law e os poderes do juiz nas class actions. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 180, ano 35, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>> Acesso. 07/12/2017.

CAVARZANI, Vinicius. O Common Law, o Civil Law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 231/2014, maio 2014, p. 321-345. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

CEZNE, Andréa Narriman. A teoria dos direitos fundamentais: Uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 52, jul/set. 2005, p. 51-67.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CIRNE, Mariana Barbosa; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. [Sem título]. In: Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino, 2, jul. 2018. **Trabalhos aprovados**, Rio de Janeiro, jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Mariana-Barbosa-Cirne-e-Tain%C3%A1-Aguiar-Junquilha-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Direito do jurisdicionado a rápida prestação jurisdicional - por uma justiça eficaz - controle de constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito Belo Horizonte**, Universidade Federal de Minas Gerais, 1994. v. 34, p.97-101.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 251/2016, jan. 2016, p. 321-338. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>> Acesso em: 05 nov. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. 2ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. Direito e Estado. Entrevista concedida por Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane org. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manoel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b, p. 133-184.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DETTMAM, Deborah; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Representação sem eleição: uma crítica à teoria da representação argumentativa na perspectiva do diálogo e da autonomia. **Arquivo Jurídico**, Teresina-PI, v. 3, n. 1, jan./jun. 2016, p. 23-41.

DIMOULIS, Dimitri. Incertezas do “Estado de Direito” na perspectiva juspositivista: Raz e os problemas do conceito formal. 2011 In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-118.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELIAS, Cristiano; MAGALHÃES, Luíza Antunes. Abertura do diálogo institucional em face da (i)legitimidade democrática das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 108, Jul-Ago/2018, p. 71-83. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2018.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In:

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, tomo 1, v. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro de Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 13-30.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio. Interpretação como argumentação. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015a, p.117-146.

GAVIÃO FILHO, Anizio. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015b, p.147-176.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A Teoria dos Princípios Formais. In: Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino, 2, jul. 2018. **Trabalhos aprovados**, Rio de Janeiro, jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Alexandre-Prevedello-e-Anizio-Pires-Gavia%CC%83o-Filho-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Apenas um retrato róseo? Uma leitura crítica de “A Dignidade da Legislação” de Jeremy Waldron. **Revista Direito & Dialogicidade**, Crato, CE, vol. 4, n. 2, jul./dez 2013, p. 93-107.

GONÇALVES, Marco Fratteezi. A teoria da argumentação jurídica em Neil MaCormick e o problema da “resposta correta”: uma teoria das respostas erradas?. **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, Recife, n. 101, p. 25-40, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/MarcoFratteeziGoncalves/Ateoria_revTRF5_2013.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **Consultor jurídico**, São Paulo, 19 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>> Acesso em 05 ago. 2017

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Teoria Fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. **E-gov**, Florianópolis, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/por-uma-teoria-fundamental-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-enfoque-fenomenol%C3%B3gico>>. Acesso em: 10 out. 2018.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas**. São Luís: AMPPEM, 2006.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HART, Herbert. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, vol. 49 (1948 - 1949), pp. 171-194.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 781, 2000, p. 71-78.

HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais, o preceito da proporcionalidade e o recurso constitucional alemão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 155-180.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2017.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Tradução de João Costa Neto. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 7, nº 1, jan./jun, p. 23-41.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015 p.95-116.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Direitos Fundamentais**, SL, 18 set. 2008a. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

LIMA, George Marmelstein. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. **Direitos Fundamentais**, SL, ago. de 2008b. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/emagis.doc>. Acesso em: 05 out. 2018.

LIMA, Jairo Néia. Controle de Constitucionalidade Dialógico: uma leitura da crítica do judicial review a partir de Jeremy Waldron. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 89/2014, out-dez de 2014, p. 321-347. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2016.

MARTINS; Argemiro Cardoso; ROESLER, Cláudia Rosane; DE JESUS, Ricardo Antônio Rezende. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai-ago 2011. Disponível em:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281/2064>>. Acesso em: 04 out. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO FILHO, João Aurino. Mais racionalidade legislativa e menos racionalidade judicial: um caminho adequado e funcional para compreensão e solução dos problemas jurídicos concretos dos países latinos. In: Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino, 2, jul. 2018. **Trabalhos aprovados**, Rio de Janeiro, jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Jo%C3%A3o-Aurino-de-Melo-Filho-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MELO, Cláudio Ary. **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 245/2015, Jul/2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013, 344p. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Doutor em Direito. UNISINOS, São Leopoldo, abr. 2013. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>>. Acesso em: 21 out. 2018.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_247.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

NASSER, Salem Hitmat. Rule of Law e direito internacional: uma aproximação. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59-78.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 27, 2015, p. 146-171.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinanud; HORTA, André Frederico de Sena. Os

precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263/2017, Jan/2017. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota. **Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo, v. 270, ago/2017, p. 313-351. Disponível em <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano n. 26, 77, 2006, p. 51-75. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2233706>>. Acesso em: 10 de out. de 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Formalismo e normatividade do conceito de Estado de Direito. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79-94.

RAZ, Joseph. **Razão, Prática e Normas**. Tradução de José Garcez Ghinardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. **Law Quarterly Review**, v. 93, 1997, p. 210-229.

RELATÓRIO anual dois mil e dezessete. **Relatórios TJ/RS**, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2017/pdf/RA_2017-9-Relatorios_Estatisticos_v2.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70035277953. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 26 abr. 2010. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/search?proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=70073386443&as_q=&requiredfields=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&ulang=pt-BR&ip=189.6.242.97&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=70035277953+inmeta:adj%3D2010&dnavs=inmeta:adj%3D2010>. Acesso em: 16 out. 2018. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70050661958. Apelante: Flávia Helena da Silva Monte. Apelada: Jornal Gazeta, RBS – Zero Hora Editora Jornalística. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 14 set. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-livra-rbs-indenizar.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70054712427. Apelante: Jander José Ferreira Teixeira. Apelada: Município de Porto Alegre. Relator: Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, 28 de agosto de 2014. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 18 set. 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140282314/apelacao-civel-ac-70054712427-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação e Reexame Necessário nº 70067531780. Apelante: ABV Construções Ltda. Apelada: Secretaria da Fazenda Municipal de Caxias do Sul. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Caxias do Sul, RS, 02 de dezembro de 2015. **Diário de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 10 dez. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/266096935/andamento-do-processo-n-438556-7420158217000-apelacao-reexame-necessario-10-12-2015-do-tjrs?ref=topic_feed>. Acesso em: 16 out. 2018. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70067068031. Apelante: A.B.A. Apelada: L.F.T.A. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Bagé, 09 de março de 2016. **Diário de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 10 mar. 2016a. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321854089/apelacao-civel-ac-70067068031-rs>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2016a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70069618999. Apelante: Nilton Angelo Schneider. Apelado: Município de Segredo. Relator: Eduardo Uhlein. Porto Alegre, 30 nov. 2016b. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 30 nov. 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069618999&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 out. 2018. 2016b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70062581723. Apelante: Jean Carlos De Fraga Agostinho. Apelado: Município de Viamão. Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 31 jul. 2017a. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/483227292/apelacao-civel-ac-70062581723-rs/inteiro-teor-483227302?ref=serp>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2017a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70073386443. Apelante: Theonesta Conferi. Apelada: Município de Cotiporã. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 12 jul. 2017b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70073386443&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 out. 2018. 2017b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70077834596. Apelante: Adriana Alves Moreira. Apelada: Cred Service – Cobrança e Assessoria Eirele. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 04 set. 2018a. Disponível em: <<https://www.escavador.com/processos/85904302/processo-0148671-2820188217000-diario-justica-estado-rio-grande-sul>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70077689123. Apelante: Quele Castro Ferreira. Apelada: RGE Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Santa Maria, 29 de agosto de 2018. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 04 set. 2018b. Disponível em:

<<https://www.escavador.com/processos/85904186/processo-0134124-8020188217000-diario-justica-estado-rio-grande-sul>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70077983229. Apelante: Claudia Ivandra Mendes Antunes. Apelada: COPAL Alimentos Ltda. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 04 set. 2018c. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621516479/apelacao-civel-ac-70077983229-rs/inteiro-teor-621516512?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018c.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70076364975. Apelante: Carlos Eduardo Beckenkamp, Bernardo Beckenkamp e Aline Borges da Fontoura. Apelada: TAM Linhas Aéreas S/A. Relator: Pedro Luiz Pozza. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 28 maio 2018d. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584394146/apelacao-civel-ac-70076364975-rs>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018d.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70078062593. Apelante: Banco PAN S/A. Apelada: Rosa Maria Simão Griebler. Relator: Adriana da Silva Ribeiro. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 02 out. 2018e. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/633002635/apelacao-civel-ac-70078062593-rs/inteiro-teor-633002662?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018e.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70076767961. Apelante: Marlon Dian dos Santos. Apelada Ministério Público. Relator: Fabianne Breton Baisch. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 18 jul. 2018f. Disponível em: <<https://www.escavador.com/processos/84163415/processo-0042008-5520188217000-diario-justica-estado-rio-grande-sul>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018f.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70076166453. Apelante: Joseane Antunes Meirelles. Apelada: Ministério Público. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 02 jul. 2018g. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/596311175/apelacao-crime-acr-70076166453-rs>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018g.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação crime nº 70077040236. Apelante: A.B. Apelada: M.P. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 09 jul. 2018h. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/599052980/apelacao-crime-acr-70077040236-rs/inteiro-teor-599053000?ref=serp>>. Acesso em: 16 out. 2018. 2018h.

ROESLER, Cláudia Rosane. Os diversos enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a passagem para uma Teoria Constitucional do Direito. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane org. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manoel Atienza**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 43-84.

ROESLER, Cláudia Rosane; PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONA, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do argumento. **Revista da Faculdade de Direito**, UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, set./dez 2016, p. 213–231. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46712/29832>>. Acesso em: 04 out. 2018.

ROESLER, Cláudia Rosane; RUBINGER-BETTI, Gabriel As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil Maccormick para a argumentação jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 133-164.

Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/317595040_As_limitacoes_e_possibilidades_dos_criterios_avaliativos_propostos_por_Neil_MacCormick_para_a_argumentacao_juridica>.

Acesso em: 04 out. 2018.

ROLAND, Beatriz da Silva. O diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderações sobre a aplicabilidade da Convenção de Montreal e/ou do CDC.

Revista de Direito do Consumidor, v. 99/2015, p. 39-70, maio-jun, 2015. Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br>> Acesso em: 25 mar. 2018.

SANCHIS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Fontamara, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica:

Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso no Direito Constitucional Brasileiro. In: Rocha, Carmen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e**

segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual., ampl. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2009b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos

fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 81, 2005, p. 325-386.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In: FERRER, J.;

RATTI, C (Org.). **Law and Defeasibility**. Oxford University Press, 2010. Disponível em:

<<http://legacydirs.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/schauer-defeasibility.pdf> >.

Acesso em: 20 out. 2018.

SCHAUER, Frederick. On the open texture of law. **Virginia Public Law and Legal Theory**

Research Paper, n. 35, 2011. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1926926>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SCHLADEBACH, Marcus. Concordância prática como princípio de colisão jurídico

constitucional. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito positivo e direito discursivo**:

subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 163-190.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, 2, [2011-2012], pp. 291-302.

Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/djcil22&div=14&start_page=291&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 01 out. 2018.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. de Beatriz Hennig. et al. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

SIECKMANN, Jan-R. **La teoria del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA FILHO, João Antonio da. **A democracia e a democracia em Norberto Bobbio**. São Paulo: Verbatim, 2014.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2 ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 1, Fortaleza, 2003, p. 607-630. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, jan. 2009, p. 197-227. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 13 out. 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STF divulga Relatório de Atividades 2017. **Notícias STF**, Brasília, DF, 02 fev. 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368614>>. Acesso em: 02 set. 2018.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2011.

STRECK, Lênio. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 07 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi?pagina=2>>. Acesso em: 04 out. 2018.

STRECK, Lênio; BARBA, Rafael Giorgio. Aborto - a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 dez 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexynana-stf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil – Demandas Repetitivas**. Revista de Processo, vol. 255/2016, Maio/2016. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 04-01-2018.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, São Paulo, 04 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexyn-problemas-teoria-juridica-filosofia>>, 2014. Acesso em: 10 nov. 2017.

TRIVOSONNO; Alexandre T. G.; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. Princípios Formais e Discrecionabilidade no Direito. In: ALEXY, Robert. **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5703-2/>>. Acesso em: 02 out. 2018.

VALE, André Rufino do. 50 anos do caso Lüth. **Portal de Periódicos IDP**. 15 jun. 2008. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/download/724/504>> Acesso em: 05 ago. 2017.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador: Equívocos no controle judicial dos atos normativos. **Revista da AGU Virtual**, n. 142, dez. 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/20982543>. Acesso em: 01 ago. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 207-232.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, v. 172, jun. 2009, p. 121-174.

WANG, Peng-Hsiang. Formal principles as second-order reasons. **Rechtsphilosophie und Grundrecht. Robert Alexy System**. Herausgegeben von Martin Borowski, Stanley L. Paulson und Jan-Reinard Sieckmann, Mohr Siebeck, 2016, p. 429-448.

ANEXO A – PESQUISA NO TJ/RS COM O TERMO “PROPORCIONALIDADE”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Site [Diário da Justiça Eletrônico](#) [Publicações Administrativas](#) [Legislação](#) [Jurisprudência](#) [Consulta Processual](#)



[ajuda](#)
[instruções importantes](#)

Inteiro Teor Ementa

Filtrar resultados por: ([Limpar filtros](#))

Tribunal:

Órgão Julgador:

Relator/Redator:

Tipo de Processo:

Classe CNU:

Assunto CNU:

Referência Legislativa:

Jurisprudência:

Comarca de Origem:

Assunto:

Data de Julgamento: / / a / /

Número: Seção: Cível Crime

Data de Publicação: / / a / /

Tipo de Decisão: Acórdão Monocrática

com a expressão

com qualquer uma das palavras

sem as palavras

Resultados da Pesquisa

Resultados 1 - 10 de aproximadamente 87600 para proporcionalidade. A pesquisa demorou 1.17 segundos.

ANEXO B – PESQUISA NO TJ/RS COM OS TERMOS “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Site [Diário da Justiça Eletrônico](#) [Publicações Administrativas](#) [Legislação](#) [Jurisprudência](#) [Consulta Processual](#)

BUSCAR

[ajuda](#)
[instruções importantes](#)

Inteiro Teor Ementa

Filtrar resultados por: ([Limpar filtros](#))

Tribunal:

Relator/Redator:

Classe CNU:

Referência Legislativa:

Comarca de Origem:

Data de Julgamento: / / a / /

Data de Publicação: / / a / /

Órgão Julgador:

Tipo de Processo:

Assunto CNU:

Jurisprudência:

Assunto:

Número: Seção: Cível Crime

Tipo de Decisão: Acórdão Monocrática

com a expressão

com qualquer uma da palavras

sem as palavras

Procurar resultados

BUSCAR LIMPAR

Resultados da Pesquisa

Resultados 1 - 10 de aproximadamente 15100 para "princípio da proporcionalidade". A pesquisa demorou 1.05 segundos.

ANEXO C – PESQUISA COM O TERMO “PROPORCIONALIDADE”

22/10/2018

Pesquisa de Jurisprudência :: STF - Supremo Tribunal Federal

Pesquisa de Jurisprudência

ACÓRDÃOS	1126 documento(s) encontrado(s)
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS *	9901 documento(s) encontrado(s)
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA *	409 documento(s) encontrado(s)
QUESTÕES DE ORDEM	27 documento(s) encontrado(s)
REPERCUSSÃO GERAL	8 documento(s) encontrado(s)
INFORMATIVO	366 documento(s) encontrado(s)

* Esta base contém apenas decisões seleccionadas.