

NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL E A PROPORCIONALIDADE

Nelson de Oliveira Santos Costa Mestre em Direito Público - UNIFRAN Professor Universitário Advogado em São Paulo e-mail – advogadonelson@uol.com.br

1 Norma

Todo ser humano que vive em sociedade, possui a sua vida envolvida quer queira quer não, por um conjunto de regras de conduta que dirigem seus comportamentos como um todo.

As regras são estabelecidas no seio de sua família, religião, escola, clube, dentre outros agrupamentos sociais, em virtude das muitas condutas inseridas em nossas realidades que nem notamos a obediência inconsciente a seus comandos.

O Mundo jurídico identifica a norma como um instrumento de atuação do direito, para que passemos a conhecer qual é a conduta que se espera das pessoas ou quais são as orientações de como a população, em sua totalidade, deve ou deveria proceder, havendo uma grande distribuição de tarefas, onde cada membro da sociedade deve cumprir a sua, mediante sua capacidade e competência.

Quando se fala em norma jurídica, estamos identificados com o sentido de ordem, forma de condução e comportamento, estabelecendo o que é obrigado, permitido ou proibido, caracterizados através de uma proposição e prescrição.

A proposição determina um comportamento, disciplinando, na hipótese, que caso se concretize, haverá uma determinada coação que poderá ou não resultar em uma sanção enquanto que, a idéia de prescrição determinará quais são os atos de uma vontade imposta em razão de uma conduta disciplinadora¹.

A lição do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nos auxilia na constatação de que existem muitas maneiras de conceituarmos a norma jurídica, onde a origem desta deverá sempre estar atrelada ao direito, sendo este um grupo ou conjunto de disciplinas zetéticas, que propiciam a pesquisa e indagação de vários pressupostos, havendo sempre a abstração que permite ao pesquisador ou cientista do direito ingressar no universo da norma e deste extrair e tecer excelentes e satisfatórias produções científicas, para a sua realização no meio social.

Portanto, a idéia automática de que a norma jurídica é uma regra de conduta social que deve regular os sujeitos e as relações sociais, deve ser respeitada, mas não pode obter um caráter vinculante, semelhante à idéia de uma ciência exata, devendo ser entendida e utilizada como um ato comunicativo, que determina o ser, estar, permanecer, ficar, fazer e não fazer, tornando-se um grande centro de organização teórica, em virtude de obter um raio de atuação gigantesco no mundo das relações humanas, como delimita resumidamente Tércio Sampaio Ferraz²:

[...], normas jurídicas são expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 100-101.

² FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 115.

generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e agentes receptores. As mensagens ocorrem em dois níveis: o da relação ou cometimento e o do conteúdo ou relato.

No entanto, a grande característica que devemos levar em consideração a respeito da norma jurídica é a sua forma zetética, que devemos entender como uma questão aberta, sempre contando com elementos da filosofia do direito, de forma que sua discussão não se encerre, passando sempre por análises e interpretações, atentando-se para o seu período cultural e histórico presente, no momento de estudo e interpretação acerca da norma em questão.

O intuito de defendermos a forma zetética como grande característica da norma jurídica, consubstancia-se de que esta tem a finalidade de questionar, modificar posicionamentos e opiniões, sendo um estímulo salutar a todo estudioso ou pesquisador do direito, pois possibilitará atividades especulativas contínuas e reflexivas sobre toda e qualquer norma jurídica que se apresente, para concretizar seus objetivos presentes de forma completa.

Esta posição, nova para alguns, não se associa à idéia de que as normas estão nos códigos, como infelizmente aprendemos nos bancos acadêmicos, motivo, pelo qual a norma jurídica passa a ter um entendimento para sua utilização de forma dogmática, idealizando-se uma espécie de comando, onde se destacam duas de suas notas distintivas, a imperatividade e a coação.

Em decorrência destas lições e postulados, que infelizmente se propagam em larga escala nos atuais cursos de graduação em direito,

consequentemente teremos um futuro operador/tecnólogo do direito, limitado e pré-conceituoso, vez que reduzido a uma só compreensão.

O que se espera é que passemos a entender que a norma tem um conceito de abertura, não sendo estática ou enclausurada, com um caráter dinâmico sempre presente, de forma que possibilite sempre um novo aprendizado, conforme afirma Gadamer³:

A mobilidade histórica da existência humana apóia-se precisamente em que não há uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido tampouco existe um horizonte fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive em movimento o horizonte abrangente.

Portanto, a idéia de norma deve ser transformadora, vez que com o passar do tempo nossos conceitos e pré-conceitos possam ir se modificando ou mesmo sendo ampliados, realizando interpretações mais corretas sobre um determinado assunto, possibilitando a fusão estritamente necessária entre as disciplinas, zetética e dogmática, conforme pretendemos demonstrar no tópico seguinte.

1.1 Norma de direito fundamental

Quando nos propomos a falar acerca de norma de direito fundamental, faz-se totalmente necessário em nossas investigações,

³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 454-455.

apresentarmos, mesmo que rápidas, referências ao Doutrinador que trouxe grande contribuição ao Universo Jurídico sobre a Norma Hipotética Fundamental, Hans Kelsen, que quando apresenta sua conclusão sobre a essência da interpretação jurídica⁴, afirma com sabedoria que todo e qualquer processo interpretativo do direito, para que alcance uma melhor aplicação, deve ser inserido no seguinte processo: uma atividade mental ligada à idéia de uma progressividade ou progressão da norma. Isto é, devemos estar diante de um ordenamento jurídico composto por um processo hierárquico de normas jurídicas, portanto, sempre que uma norma jurídica posicionada no escalão superior, deverá demonstrar a sua força e validade, prevalecendo diante de outras devidamente localizadas em escalões de níveis chamados inferiores.

Portanto, norma origina a criação de outra norma sucessivamente, até chegarmos ao famoso corte epistemológico, que originou a Norma Hipotética Fundamental, como nos dizeres de Kelsen:

é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. [...] “que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”⁵.

A idéia de hierarquia de normas, no entendimento de muitos, acabou prestando um grande serviço às constituições, haja vista que criou

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. 4ª Tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 387.

⁵ KELSEN, op. cit., 2000. p. 217.

garantias processuais e jurisdicionais, possibilitando o controle da constitucionalidade das leis.

Neste modesto ensaio, adotaremos uma tendência pós-moderna do pensamento trazido por Kelsen, da necessidade de adoção de uma nova interpretação constitucional dos direitos fundamentais, onde para concretizarmos nossas intenções, teremos sempre que ter como ponto de partida a idéia, de uma norma fundamental que nos dias de hoje passou a ter o caráter e denominação de Constituição.

De forma a expandir o nosso modo de pensar e entender a norma constitucional que trata de direitos fundamentais, afirmamos que não podemos e não devemos nos limitar à interpretação que tenha por base apenas o (con)texto do texto da norma jurídica, mas sim ao seu espírito, objetivo vinculado à vivência real da norma a um caso concreto, não se restringindo às intenções legislativas destacadas no texto⁶.

Ferraz Júnior⁷, apresenta algumas referências ante as diferenças existentes entre o direito positivo e o espaço da positivação, ao afirmar que:

Assim, o direito positivado é um direito que pode ser por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias.

⁶ ALFLEN, Kelly Susanné, *Hermenêutica e Constituição*, publicado no *Juris Sintesi* CD Room JS 164-45 de jan.- fev./2004.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 37.

Entendemos que o fenômeno da positivação não só explica o papel ambíguo que o homem assume perante o direito – fundamentos de todas as positividades jurídicas, o homem é também o seu objeto central -, mas também o nascimento da moderna ciência jurídica, com suas iminentes ambigüidades. Queremos dizer, com isso, que a positivação forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito. Mesmo correntes modernas que procuram fazer da ciência jurídica uma ciência de norma não podem deixar de enfrentar o problema do comportamento do homem e suas implicações na elaboração e aplicação do Direito.

Esta compreensão ganha cada vez mais espaço junto aos Constitucionalistas e Filósofos do Direito pátrio, conforme verificamos na afirmativa de Menelick de Carvalho Netto⁸:

Este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto, mutável, de afirmação da cidadania.

A partir desta afirmativa, entendemos que a complementação a respeito da norma de direito fundamental fica bem enfatizada pelo ensinamento de Robert Alexy⁹, quando este apresenta como resposta a questão do que é uma norma de direito fundamental como “*aquellas que son expressadas a través de disposiciones iusfundamentales, y*

⁸ SAMPAIO, op. cit., p. 145.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: [s.c.p.], 2001. p. 62.

disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la lei fundamental". Portanto, novamente reforça-se a idéia de que a norma jurídica de direito fundamental possui uma abrangência superior à intenção do legislador, como esclarece com propriedade Willis Santiago Guerra Filho¹⁰, em sua obra *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*:

[...], vale lembrar não ser a norma jurídica a única forma de expressão dos direitos fundamentais, o que significa dizer que esses são uma realidade mais abrangente que a norma. Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer "micro", em nome daquela outra, "macro", na qual se estuda o direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma das normas, a que se sugere referir como sendo a "ordem jurídica objetiva".

O raciocínio do Professor Cearense¹¹ fica concluído a partir da afirmação de uma outra dimensão dos direitos fundamentais, que não aquela mencionada anteriormente, que toma como base uma universalidade e ampliação de sua atuação de forma a atingir dignamente aquilo que muitos pretendem que se efetive como fundamentais, conforme abaixo:

¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1989. p. 43.

¹¹ GUERRA FILHO, op. cit., p. 43.

[...], o conjunto de direitos fundamentais não se reduz àquele em que se encontram as normas que os consagram, também nesse último conjunto se encontra mais do que normas de direitos fundamentais. Aqui deve-se levar em conta a circunstância de que a teoria de direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento jurídico, terminou por incluir nele espécie de norma que antes sequer era considerada como tal, o que, por via de consequência, acarretou uma ampliação também no conceito de norma até então corrente.

Com efeito, a norma que versa acerca de direito fundamental possui a sua objetividade, sendo ratificada pela comunidade universal, mas possui um conteúdo indeterminado e aberto, como afirmou José Alfredo de Oliveira Baracho¹².

O Jurista citado no parágrafo anterior, já possui a completa compreensão de que vivemos em uma sociedade formada por uma pluralidade de idéias e interesses, onde muitos já entendem estarmos vivendo sob um modelo social aberto, que tem como ponto marcante o dinamismo.

Portanto, diante de conflitos de interesses, pensamentos antagônicos, a sociedade não pode parar no tempo, devendo desenvolver continuamente, especialmente a norma que disciplina os direitos mais fundamentais do homem.

Passamos a entender que as normas fundamentais de um Estado Democrático são elaboradas por um período indefinido e indeterminado,

¹² SAMPAIO, op. cit., p. 21.

portanto, com o passar do tempo e com as interpretações do texto e mudanças desta sociedade aberta, serão apresentadas observações no sentido de que as Constituições são imperfeitas ou defasadas ante a realidade social, motivo pelo qual as cláusulas abertas do texto constitucional são mais do que necessárias em virtude deste novo mundo aberto e cheio de evoluções, em especial de valores¹³.

Dworkin¹⁴ apresenta uma peculiaridade no sentido de um problema de linguagem, vez que os legisladores, quando do procedimento legislativo, utilizaram-se de cláusulas “vagas” que o que “disseram” ou “quiseram dizer” acabou por limitar as ações estatais ante a violações até então desconhecidas.

Complementa dizendo que este tipo de Teoria resulta em:

uma interpretação estrita do texto da Constituição produza uma concepção estreita dos direitos constitucionais, porque restringe tais direitos aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história. Ele força os defensores de um conjunto mais liberal de direitos a reconhecer que estão se distanciando da autoridade estritamente jurídica, distanciamento que devem então tentar justificar apelando apenas à deseabilidade dos resultados que chegam.

A genialidade de Dworkin¹⁵, bem como a sua total compreensão dos contornos que suas afirmações causam nos estudiosos do direito é tamanha, em especial quando apresenta sua observação quanto ao que

¹³ AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Haberle e a hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 119.

¹⁴ DWORKIN, op. cit., p. 210-211.

¹⁵ DWORKIN, op. cit., p. 214.

podem ser consideradas cláusulas vagas e o que podem ser consideradas as cláusulas abertas, que consagram valores fundamentais morais. Vejamos:

De fato, agora se pode ver que a própria prática de chamar essas cláusulas de “vagas”, prática à qual aderi, envolve um erro. As cláusulas são “vagas” somente se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encarmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisa.

A importância desta idéia é tão grande em nosso país, vez que nos defrontamos com inúmeras manchetes em nossos periódicos diários que relatam conchavos, barganhas dentre muitos outros comportamentos de parlamentares que, “buscando promover o bem comum”, ficam se locupletando com as milagrosas emendas constitucionais, vendendo a idéia ao povo que direito é uma ciência exata, muito bem observada por Menelick de Carvalho Netto¹⁶:

Sabemos hoje, tal como Luhmann pôde nos alertar, que o Direito tem limites, que a normatividade, a positividade tem limites e limites que sabemos, na pele, sobretudo em matéria constitucional. Não podem ser superados aprovando-se mais texto constitucional. Não é reformando a Constituição que solucionamos problemas que não são do direito, mas da política ou da economia, por exemplo.

¹⁶ SAMPAIO, op. cit., p. 158.

O Professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷, ao apresentar seu balanço a cerca da nossa constituição, demonstra como são feitas as alterações em nossa carta Magna:

Tais modificações, porém, fizeram-se e se têm feito ao preço de batalhas políticas para obter a sua aprovação no Congresso Nacional. Essa aprovação muitas vezes importa em composições, em que grupos de pressão fortes obtêm satisfação em detrimento do interesse geral, ou, pelo menos da igualdade.

Fica assim mais uma vez demonstrada na prática a inconveniência das constituições detalhistas, que condicionam qualquer mudança de política a uma reforma constitucional.

Portanto, em razão do texto constitucional entender-se detalhista, contando, por vezes, com termos que podem ser gerais ou incompletos para a sua realização, sempre estaremos nos utilizando de uma interpretação que deva dar sentido a Constituição no presente momento de espaço e tempo, motivo pelo qual se ressalta a contribuição trazida por Peter Haberle que a Constituição não se resume ao texto elaborado pelo Poder Constituinte originário ou derivado, mas trata-se do resultado temporário de sua interpretação que almeja ordenar a vida social¹⁸.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. A Constituição de 1988 – Um Balanço após Dezesseis Anos de Vigência, *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 43.v. 8.

¹⁸ AMARAL, op. cit., p. 120.

Vale bem notar que um dos juristas filósofos que vem contribuindo para um maior estudo e cuidado sobre os Direitos Fundamentais é do professor alemão Robert Alexy, que tem como escopo um material jurídico positivo, como uma parte geral de uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente válidos, vez que faz citações a um modelo tridimensional de estudo científico, conciliando três correntes do pensamento jurídico: o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realista e o jusnaturalismo, correntes estas classificadas como dimensões: analítica, empírica e normativa.

A dimensão analítica possui a atribuição de apurar qual o conceito a ser utilizado na investigação científica, distinguindo as figuras e institutos a serem estudados.

No que tange à dimensão empírica, são estudos totalmente voltados às manifestações concretas do direito, não se contentando com o disposto nas leis e normas, mas levando em consideração a praxe judicial, especialmente a jurisprudência.

Por derradeiro, a denominada dimensão normativa tem como escopo efetuar um estudo amplo do material positivo, de forma a complementar o conteúdo e sentido das normas de direito fundamental, buscando ter reflexos nas decisões judiciais contidas na dimensão empírica. Ressalta-se que o conteúdo desta dimensão normativa, contida em sua teoria dos direitos fundamentais, deve oferecer uma complementação ao conteúdo, principalmente dos sentidos das normas de direitos fundamentais que se encontram vagas ou carentes de

racionalidade aos seus juízos de valores. Estes, se ricos em detalhes, capacitariam a sua aplicação.

Trilhando este raciocínio, Alexy apresentou esta conceituação didática que entendeu pertinente para a formação de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais. Após a investigação das estruturas dos conceitos dos direitos fundamentais, bem como a influência destes em nosso sistema jurídico, tem como objetivo sua total integração na sociedade de forma prática e efetiva.

A idéia de uma Teoria dos Direitos Fundamentais demonstra uma grande necessidade de mudança quanto ao padrão tradicional e simples da norma que trata de direitos fundamentais, haja vista a imprevisibilidade das situações a serem reguladas pelos direitos fundamentais, tanto pela evolução dos valores sociais como pela redação restrita contida nas normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais.

Desta forma, entendemos que a conclusão apresentada por Alexy para que tenhamos uma teoria de direitos fundamentais é deveras pertinente, até pelo fato de entendermos que a Doutrina de Dworkin lhe é semelhante em alguns aspectos. Como ambas se complementam em outros aspectos, apresentaremos várias referências citando ora o pensamento de um, ora o pensamento de outro como complemento.

A grande distinção que se apresenta é a existência de uma norma-regra e uma norma-princípio de direito fundamental, sendo que ambas possuem a sua forma contendo expressões deônticas.

Sendo assim, desde logo afirmamos que toda e qualquer definição acerca de princípios jurídicos e sua distinção ou suas distinções diante das regras sempre dependerá de um critério, em função de quais distinções serão estabelecidas entre as categorias jurídicas em que estão inserido os princípios, pois entendemos que estes são instrumentos analíticos abstratos, havendo extrema dificuldade de se estabelecer uma definição única, mas aceitamos que alguns autores o utilizam com um significado e outros com outro e, pelo fato do termo princípio poder referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só fenômeno¹⁹, motivo pelo qual muitas impropriedades poderão ser utilizadas quando da distinção entre norma e princípios.

Destacamos a grande importância e relevância que oferecem os princípios, exatamente por sua função estar totalmente voltada a um resultado, favorecimento ou otimização de um determinado valor de direito, que não se reportam a um fato específico como encontramos na norma regra.

Esta forma de divisão de normas e princípios dos direitos fundamentais colaboraram para uma elaboração doutrinária da matéria com novas idéias jurídicas que poderão ter reflexos na concretização de novas legislações, em especial na criação de futuras normas regra de direito fundamental, totalmente voltados a valoração da dignidade e bem-estar social, ocorrendo exatamente um fenômeno jurídico que admitirá

¹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 1, p. 27, 1999.

uma vital coexistência entre um enfoque dogmático e zetético, fato este que foi muito bem destacado por Enrique Pérez Luño²⁰:

Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico político; b) orientadora – metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. [...] Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade.

Com estas características expostas acima, teremos um reflexo na Jurisprudência que atentar para esta idéia de norma-princípios dos direitos fundamentais, tendo sua ascensão, vez que resultante de procedimentos efetivos, dinamizando, e porque não, melhorando os resultados da Jurisdição Constitucional dos Direitos Fundamentais, voltada a valores constitucionais, motivo pelo qual o próprio professor alemão citado anteriormente faz destaque a esta necessidade²¹, da distinção de regras e princípios:

²⁰ PEREZ LUÑO apud PIOVESAN, op. cit., p. 55.

²¹ ALEXY, op. cit., p. 81.

es una clave para las solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.

Esta afirmação é motivada muito provavelmente pela experiência vivida no ordenamento jurídico de seu país, conforme ratifica o doutrinador espanhol citado acima que já demonstra a expansão desta idéia em seu país, em sua observação em nota de rodapé da obra de Flávia Piovesan:²²

A jurisprudência do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha tem considerado, em inúmeras decisões, o sistema de direitos fundamentais consagrados pela Grundgesetz como a expressão de uma “ordem de valores”, que deve guiar a interpretação de todas as demais normas constitucionais do ordenamento jurídico em seu conjunto, tendo em vista que estes valores manifestam os “conceitos universais de justiça”. Também na Espanha, O Tribunal Constitucional tem sustentado expressamente que “os direitos fundamentais refletem um sistema de valores e princípios de alcance universal que hão de informar todo o pensamento jurídico”.

Enfim, podemos entender que, novamente, a teoria de Kelsen acerca da norma fundamental possui total importância, em especial por demonstrar que sua idéia está em uma ascendente evolução, haja vista que

²² PEREZ LUÑO apud PIOVESAN, op. cit., p. 55.

com a utilização de uma postura pós-positivista, estamos todos auxiliando na construção e consolidação de uma nova idéia normativa de sistemas constitucionais²³.

Estaríamos diante de uma figura geométrica em forma de espiral, vez que este sempre caminha para o alto, ligando-nos à idéia do positivo, da evolução²⁴ da norma de direito fundamental, de forma que uma abertura semântica em um sistema normativo aberto possibilitaria uma mutação constitucional, evitaria o processo constituinte derivado inseguro que possibilitaria atitudes muito mais políticas do que jurídicas, de forma que a sociedade perderia e o dinamismo não seria célere o suficiente para sua vida social rápida da atualidade²⁵.

Portanto, podemos pensar em um Direito Constitucional Moderno, que passa a destacar uma figura estrutural e importante, ou seja, a norma de direito fundamental, até porque a própria sociedade verifica diariamente, especialmente no Brasil, a necessidade de aperfeiçoar, aprimorar e, em muitos casos, ensinar o sistema jurídico que regula a aplicação destes direitos.

Passariam os direitos fundamentais a superar a relação existente entre cidadão-Estado, vez que sua qualidade de norma teria uma máxima validade, de conteúdo indeterminado e aberto, cujos reflexos são verificados em todo o ordenamento jurídico, quer seja público ou privado.

1.2.1 Regras e princípios

²³ BONAVIDES, op. cit., p. 264.

²⁴ AMARAL, op. cit., p. 39.

²⁵ AMARAL, op. cit., p. 119.

Conforme já foi dito anteriormente, a distinção entre regras e princípios é uma ferramenta importante para decidir problemas de orientação dos direitos fundamentais, portanto, apresentaremos nossas noções e posicionamentos acerca desta distinção primordial.

Quando nos deparamos com o sentido da palavra regra, esta normalmente refere-se a um substantivo feminino de significações como sendo aquilo que dirige, que determina, que regula, ou especialmente o que está de acordo com a lei, exatamente o que queremos ou pretendemos no pensamento do dever - ser.

Acatamos o entendimento de que as normas-regras, possuem a estrutura conhecida por todos nós da idéia lógica de norma, totalmente dogmática, como sendo aquela que possui a tipificação ou descrição de um determinado fato, passando a conter o acréscimo de sua qualificação prescritiva resultando em uma sanção, ou na sua permissão²⁶.

Ronald Dworkin²⁷, quando apresenta a sua idéia a respeito de regras, entende que estas são aplicáveis como um conjunto de padrões referentes a uma postura particular do indivíduo, voltado exclusivamente para uma obrigação jurídica específica, todavia, serão aplicáveis de uma maneira que determina como tudo - ou - nada. Se o fato se adequar à sua estipulação deverá ser aceita, caso contrário, a regra de nada contribuirá para aquela determinada situação, conforme destacamos:

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito – aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74.

²⁷ DWORKIN, op. cit., p. 39.

Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Não obstante, o professor americano completa a sua definição de regra ao enfatizar que, para que esta alcance o seu resultado de forma perfeita, deverá complementar o seu raciocínio com a declinação de sua exceção ou exceções²⁸:

Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto.

Diante do exposto, apresentamos distinções que talvez facilmente direcionariam o operador do direito a obter uma fácil distinção quando da ocorrência de alguma antinomia ou colisões das normas regras, vez que o resultado entre si seria incompatível, com juízos contraditórios. Portanto, caso isto venha a acontecer deverá ser analisado inicialmente se existe uma cláusula ou exceção que elimina o conflito existente. Todavia, caso não se constate esta antinomia, uma das regras deverá ser declarada inválida e eliminada do ordenamento jurídico, idéia muito bem trabalhada por Alexy.

Sua conclusão, como afirma Paulo Bonavides²⁹, é de que a norma possui ou não validade, sendo que, no primeiro caso, quando aplicada à uma determinada situação, obterá conseqüências jurídicas,

²⁸ DWORKIN, op. cit., p. 40.

²⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 278.

resolvendo-se em relação à sua validade. Portanto entendemos que o professor alemão conclui seu raciocínio com maior riqueza de detalhes, mas trilhando a mesma idéia de Ronald Dworkin sobre a validade da regra.

Portanto, a norma-regra deve conter a descrição do fato que recebe a sua conseqüente qualificação prescritiva com as suas respectivas exceções, resultando em uma sanção. Seriam menos gerais e conteriam elementos específicos de sua concretude relativos à conduta, seu fundamento e validade, sendo de fácil aplicabilidade.

No que tange à norma de direito fundamental denominada de norma-princípio, esta possuirá uma validade positiva e, de modo geral, estabelecida na Constituição, não se reportando a fatos, como acontece na norma-regra. Possuindo um grau de abstração maior, que são os indicadores de favorecimento de um determinado valor com ampliação de seu conteúdo, que Robert Alexy denomina como mandatos de otimização, pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, nas medidas das possibilidades fáticas e jurídicas que estão sendo colocadas em exame.

Assim sendo, a expressão de princípios como “deveres de otimização” está voltada ao fato de que estes são aplicáveis em vários graus, em detrimento das possibilidades normativas e fáticas. As primeiras, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem, enquanto que as fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só poderão ser determinados quando diante dos fatos.

Portanto, os princípios são provenientes do amadurecimento jurídico, mas observamos que, neste aspecto, as situações se invertem, no sentido de que agora é Ronald Dworkin que acrescenta a idéia de princípio de Robert Alexy, quando afirma que este é resultante da necessidade da Justiça e da Moral³⁰:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

As definições trazidas nos levam a concluir que os princípios não fundamentam diretamente uma ação, pois possuidores de um alto grau de abstração e generalidade da denominada norma regra, vez que esta possui uma prescrição normativa, estão direcionados a um número indeterminado de pessoas e de situações.

Canotilho³¹, após afirmar que o sistema jurídico do Estado de Direito Democrático de Portugal é um sistema aberto composto de normas e princípios, reforça o pensamento que, desta forma, as normas constitucionais, além de um maior dinamismo, estariam mais facilmente se adequando à atualidade do mundo de uma justiça real, e apresenta critérios substanciais para a diferenciação entre normas e princípios, em consonância com o descrito neste ensaio.

No que se refere ao grau de abstração, os princípios teriam um grau superior, enquanto as normas possuem uma abstração reduzida,

³⁰ DWORKIN, op. cit., p. 36.

³¹ CANOTILHO apud COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 30.

quanto à determinabilidade de forma ao promovermos a aplicação ao caso concreto. Os princípios precisariam, em razão da sua forma vaga, da atividade inteligente ou mediadora do Juiz, enquanto que as regras poderiam ser aplicadas de forma direta.

Não obstante, o Jurista português entende que há uma distinção qualitativa entre normas e princípios no sentido de que estes últimos são normas jurídicas impositivas de uma otimização em razão de sua compatibilidade com os vários graus de concretização, enquanto que as regras possuem notas distintivas da imperatividade de uma existência do cumprimento ou não de seus ditames. A coexistência entre as normas provocaria uma antinomia de forma que uma delas fosse excluída do sistema jurídico. Enquanto os conflitos coexistem, os princípios passam pelo crivo de validade e peso, que entendemos como valores, enquanto que as regras teriam o seu grau de avaliação voltado tão somente em relação à sua validade.

Adotando este sistema jurídico, iremos solucionar as questões provenientes deste novo e emergente direito, que possui um trânsito livre dentro da positivação, com resultados em atitudes no campo da interpretação doutrinária e na atuação jurisprudencial de forma aberta, quando ocorrer a eventualidade ou possibilidade de conflitos ou colisão entre as normas princípios. Especialmente se um dos princípios apresentar uma determinada disposição proibitiva e o outro uma disposição permissiva.

Neste caso, haverá uma situação diferenciada das normas-regra, vez que um dos princípios deverá ceder ante ao outro, não significando

que o princípio não utilizado tornar-se-á inválido ou receberá a observação de uma cláusula de exceção.

A distinção nesta hipótese seria o privilégio a um princípio que cede ao outro, enquanto que em uma outra ou outras situações diversas, a questão pode ser resolvida de forma contrária, onde o princípio privilegiado anteriormente não seja acatado, sendo o que anteriormente desprivilegiado seja acatado agora, estabelecendo-se pesos diferentes aos princípios em cada caso concreto. Haveria uma ponderação entre os princípios em conflito através de valores.

Ocorrendo esta melhor adequação dos princípios, estaríamos diante de um texto constitucional aberto, que permitiria aos seus destinatários uma eterna caminhada na figura geométrica do espiral proposto anteriormente. Então, na ocorrência dos conflitos, alcançaríamos a pretendida intenção de conciliar valores.

Desta forma, o direito moral moderno, que os filósofos do Direito citados visualizam, não se restringe tão somente a uma positivação moral racional que se estabelece nos conflitos dos princípios. Portanto, para que haja uma regulação e controle da fundamentação do direito, que apresente estes padrões de moralidade e racionalidade, haverá de respeitar a necessidade de instituição de procedimentos.

Assim, em situações que se apresentem lacunas ou defeitos oriundos do Poder Legislativo, a produção ou autoprodução do direito como dizem atualmente, estaria toda sob a responsabilidade do Poder Judiciário. Fato lógico, até porque os profissionais, técnicos ou operadores dos direitos são as pessoas mais capacitadas para resolverem

falhas ou lacunas efetuadas por cidadãos que, mesmo que legitimados pelo voto popular, possam cometer equívocos quando da elaboração das leis.

A instauração deste padrão possibilitaria que a teoria pretendida por Dworkin do Juiz Hércules³², jurista filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre humanas, passe a existir no mundo jurídico, estando o Poder Judiciário vinculado ao Direito e não à Lei.

Todavia, vale bem ressaltar que Ronald Dworkin defende uma nova dogmática pós-positivista do direito, mas ele apresenta uma ressalva muito importante, ou seja a coerência narrativa ilustra seu pensamento, utilizando-se da expressão “romance em cadeia”, onde a decisão final sobre um assunto deve possuir ligação com as decisões anteriores a respeito, não havendo um engessamento ou prisão à suposta tradição já criada, possibilitando uma criação ou renovação, mas devendo conter a idéia de integridade e coerência com o que já vem sido feito e decidido.

Portanto, esta coerência normativa, proveniente de um encadeamento de narrativa, possibilitaria aos Julgadores não repetirem o passado, mas na idéia do romance em cadeia, escrevermos um capítulo novo que melhore a história do direito, efetuando uma libertação de uma possível escravidão do passado.

Conseqüentemente, nossa jurisprudência concretizaria a jurisprudência dos princípios ou dos valores, atendendo à proposta pretendida por Alexy, resultando numa linha de jurisdicização mais profunda, fértil, nova e fundamental dos princípios, de forma que se inicia-se aquele que foi denominado de ativismo judicial³³.

³² DWORKIN, op. cit., p. 165.

³³ DWORKIN, op. cit., p. 215.

Passaria, então, a atividade judicial não se tornar enfadonha como vem sendo de mera aplicação do direito conhecido, mas, a ter uma atividade de criação que produzisse o direito, resultando naquela que foi incluída na Doutrina de Kelsen como Interpretação Autêntica.

Nesta singela pretensão de explicação da construção doutrinária que os princípios acrescentam na idéia do pós-positivismo, vez que como nos esclarece Inocêncio Matires Coelho³⁴, “atrás de todo positivismo jurídico, de toda a neutralidade estatal ou de todo indiferentismo político, escondem-se aqueles que lograram positivar a Lei Fundamental de acordo com as suas idéias, interesses e aplicações”, verificamos que a Teoria Geral do Direito e a Filosofia trilham para dizimar a ineficácia do formalismo normativista.

Portanto, em razão de termos defendido a importância dos princípios, apresentaremos uma análise resumida dos princípios específicos de interpretação constitucional.

Destaca-se inicialmente, aquele que é o primeiro ou o mais importante dos princípios, o princípio da unidade da constituição que possui a finalidade de determinar uma interdependência das normas constitucionais, de forma que sua justificação se encontre nos valores mais gerais, considerando a constituição como um todo geral, harmonizando os pontos aparentes de tensão entre as normas, conforme a definição de Konrad Hesse³⁵:

³⁴ COELHO, Inocêncio Matires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 29.

³⁵ HESSE apud AMARAL, op. cit., p. 107.

A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.

Pablo Lucas Verdu³⁶, concorda que o ato de interpretação da constituição tem sempre um significado político que deve atender à ideologia da constituição, quando diz que “fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política de uma estrutura social”, Canotilho³⁷ direciona o intérprete a considerar as normas constitucionais não de forma isolada, mas como preceitos integrados de um sistema de normas e princípios.

O princípio do efeito integrador pode ser considerado como um irmão inseparável do princípio da unidade da constituição, vez que determina que nas hipóteses de solução de problemas jurídico-constitucionais a preferência será por uma interpretação que mais favoreça a integração social e o reforço a unidade política. Aqui vale bem destacar o que entende Rafael Caiado do Amaral³⁸, que o princípio de efeito integrador tem como objetivo “soluções pluristicamente integradoras”, criando e conservando a unidade.

³⁶ VERDU apud GUERRA FILHO, op. cit., p. 57.

³⁷ CANOTILHO apud AMARAL, op. cit., p. 108.

³⁸ AMARAL, op. cit., p. 58.

Ao princípio da máxima efetividade, à interpretação da norma constitucional deve-se atribuir o sentido que confere maior eficácia, possuindo vulto especialmente na seara dos direitos fundamentais. Para uma melhor explicação, destacamos o ensinamento de Canotilho³⁹:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

O princípio da força normativa da Constituição ressalta a importância de que para a solução dos problemas jurídicos deve-se priorizar as soluções que permitem uma atualização da norma fundamental, garantindo assim a sua eficácia e permanência. A importância deste princípio se consubstancia no fato de que nossa atual realidade de flagrantes e freqüentes evoluções ou mudanças do comportamento social, que nem sempre se fará necessária a alteração da Constituição, mas, alterações quanto à sua compreensão⁴⁰.

No que tange às atribuições do princípio da conformidade funcional, este regulamenta a obediência da repartição das funções entre os poderes estatais, impedindo qualquer interpretação que altere as atribuições e funções dos órgãos estabelecidos.

O controle da constitucionalidade ganha e muito quando se aplica o princípio da interpretação conforme a Constituição, que surgirá

³⁹ CANOTILHO apud AMARAL, op. cit., p. 109.

⁴⁰ GUERRA FILHO, op. cit., p. 58.

quando a criação de uma norma obtiver uma interpretação considerada inconstitucional.

Quando estivermos confrontando bens e valores jurídicos, faz-se necessário sempre buscarmos uma harmonização entre eles, de forma a evitar um sacrifício total de uns em benefício de outros, o qual foi denominado princípio da concordância prática ou da harmonização.

Desta forma, para alcançarmos uma solução diante de qual interpretação constitucional adotarmos frente a um conflito ou colisão de princípios, neste diapasão de sustentação de direitos de forma abstrata, poderemos nos defrontar com um caso difícil, utilizando-se da linguagem de Dworkin, onde poderão se apresentar questionamentos e choques entre princípios de direitos individuais e de objetivos sociais, e, aqui caberia uma nova problematização, de como solucionarmos esta questão de forma que um princípio não aniquile o outro, ou, o que seria pior, que ambos saiam totalmente destruídos.

Aqui, faz-se imperiosa a aplicação de um princípio que ordenasse o direito, denominado de princípio da proporcionalidade, conforme afirma com propriedade Sérgio Resende de Barros⁴¹:

Alguns destes direitos novos – como todos e quaisquer direitos – podem estar ou entrar em conflito, gerando questões para o direito resolver. Como os direitos à paternidade ao aborto, quando o pai quer o filho que a mãe quer abortar. Questões tais devem ser decididas por aplicação de princípios, como a proporcionalidade e a razoabilidade e outros princípios aplicáveis, assim aos direitos humanos, como a todo o Direito.

⁴¹ BARROS, op. cit., p. 454.

Diante da abordagem lógica do princípio da proporcionalidade, no próximo tópico teceremos algumas considerações que entendemos pertinentes, resultantes dos frutos de nossa pesquisa,

2.1 Princípio da proporcionalidade

No tópico anterior apresentamos considerações a respeito dos princípios como norma fundamental, onde averiguamos a importância e transformação que possuem na hierarquia das normas constitucionais, em razão de terem sido alçados ou reconhecidos como normas supremas do ordenamento, por estarem em sua mais alta escala normativa.

Doravante, poderemos utilizar os princípios constitucionais de direito fundamental, conforme declinamos acima, como uma ferramenta que auxiliará nas interpretações dos textos constitucionais, em razão do seu alto poder de legitimação⁴².

Passariam eles a consagrar a Supremacia da Constituição e do Direito, haja vista que a sua superioridade normativa orientará e proporcionará o equilíbrio almejado por um Estado de Direito, conforme destaca Paulo Bonavides⁴³:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o

⁴² BONAVIDES, op. cit., p. 292.

⁴³ Ibid., p. 294.

penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.

Todavia, conforme enfatizamos de forma rápida no tópico anterior, poderá ocorrer um conflito ou colisão de princípios que possuem uma solução imediata, mas, em razão de lidarmos com Direitos Fundamentais que não estão explícitos nos texto constitucional, a Doutrina vem consagrando o Princípio da Proporcionalidade, que em razão de grande sucesso com a experiência alemã, inicialmente concebida no Direito Administrativo para atualmente passar a estar presente nas Decisões do Tribunal Constitucional Alemão, passou a harmonizar interesses gerais.

A proporcionalidade vai ao encontro do ideal de equilíbrio contido na idéia de Justiça, ligada ao equilíbrio da balança ou talvez da herança bíblica de Salomão ante as duas mães de um mesmo filho, mas, efetivamente objetiva solucionar e aperfeiçoar fins e meios de uma relação de valores, de forma a sanar insuficiências ou irregularidades de uma suposta dupla finalidade dos direitos fundamentais.

Dessa afirmação, pretende-se que este princípio deva ser dotado de características para cumprir sua função sócio-política, haja vista que poderemos ter questões que versem sobre as liberdades individuais e colidam com interesses coletivos, conforme o exemplo clássico destacado por Dworkin, almejando chegar a uma conclusão bem fundamentada, de forma que esta decisão deva ser aceita e acatada pelas partes envolvidas,

todavia, apresentando-se a grande ressalva que o procedimento deverá englobar e integrar todos os pontos controvertidos da questão decidida, podendo esta ser modificada no futuro em razão de sua praticidade não obter êxito quando da sua aplicação no seio da sociedade⁴⁴.

Nestas eventualidades teríamos a utilização do princípio da proporcionalidade que, como alguns dizem, seria um caminho do meio para a solução de problemas de proporções grandiosas, onde ressaltamos com uma linguagem mais positiva, de forma a constantemente haver o apoio e proteção aos direitos fundamentais, apresentando características novas no Estado Democrático de Direito⁴⁵.

De forma a alcançarmos os objetivos deste tópico neste ensaio, fazemos total referência ao “conceito preliminar de proporcionalidade” fornecido pela excelente Doutrina ou dimensão analítica de Luís Virgílio Afonso da Silva⁴⁶:

A regra da 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 -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma

⁴⁴ GUERRA FILHO, op. cit., 2002. p. 82.

⁴⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 396.

⁴⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Revista dos Tribunais*. O Proporcional e o Razoável, v. 798, p. 24, São Paulo, abr. 2002.

restrição a direitos fundamentais tome dimensões proporcionais.

Para bem nos adiantarmos a quaisquer outras considerações, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado ou entendido como um mandamento de otimização voltado exclusivamente a respeitar os direitos fundamentais, quando estes conflitarem de forma que haja uma obrigação aos meios corretos e uma proibição a ser utilizado de forma a atender os seus três mandamentos ou elementos da proporcionalidade ou princípios parciais necessários. Seriam eles: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As funções objetivas destes elementos apresentados em três “princípios parciais” possuem as seguintes atribuições: o primeiro princípio parcial diz que uma medida é a **adequada** quando apresenta as conformidades para atingir o fim almejado ou em conformidade com o objetivo fomentado; o princípio da exigibilidade deve ser aquele que causar o menor prejuízo possível aos direitos fundamentais, onde muitos associam como a busca de um “meio mais suave”, segundo os dizeres de Xavier Philippe⁴⁷: **“de dois males, faz-se mister escolher o menor”**, de forma que o meio empregado deva lograr o objetivo da pretensão, além de não haver outro com a mesma eficácia; o “princípio parcial” da proporcionalidade em sentido estrito verifica se as vantagens pretendidas superam as desvantagens, não se excedendo ao fim legítimo, ou seja, de efetivação geral dos direitos fundamentais, ou de evitar um grande benefício de um interesse em detrimento do outro.

⁴⁷ Philippe XAVIER apud BONAVIDES, op. cit., p. 397.

Com grande importância, apresentamos a seguinte ressalva quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade: nem sempre utilizar-se-á da análise dos três elementos ou “princípios parciais”, fato este que não está sendo utilizado com atenção, vez que muitos pensam que o Juiz deve analisar sempre os três elementos, pensamento que entendemos não ser o correto.

Em linhas gerais, a análise da exigibilidade será necessária se, e somente se, a situação em questão não tiver obtido a sua resolução com a análise da adequação. Portanto, a análise da proporcionalidade em sentido estrito será imprescindível quando não tenham logrado êxito o exame da adequação e da necessidade⁴⁸.

Portanto, esta nota de distinção do direito, pós-positivista, visa efetuar uma união entre o direito formal e o direito material, de forma a atender às rápidas alterações da sociedade, tendo um grande instrumento de valor constitucional.

Cabe aqui, apresentar uma peculiaridade na eventualidade da proporcionalidade, em razão do modismo ou oportunismo, vir a ser usada de forma exagerada ou em demasia. Portanto, a sua aplicação deverá sempre atender seus elementos de adequação, exigibilidade e proporcionalidade em *stricto sensu*, de forma que sua utilização esteja totalmente vinculada ao momento oportuno.

A proporcionalidade pode tornar-se discutida no aspecto de que ela estabeleceria uma superioridade do Juiz sobre o Legislador, de forma que um dos poderes ficasse prestigiado em favor do outro, então o

⁴⁸ SILVA, Luís Virgílio., op. cit., p. 34.

princípio da proporcionalidade acarretaria uma desproporcionalidade na clássica separação dos poderes e poderia envolver “riscos de tirania”⁴⁹.

O próprio Dworkin⁵⁰ apresenta a postura tranqüila de que não devemos “exagerar o perigo”, vez que se as decisões não lograrem êxito junto aos seus destinatários, passarão a ser “impopulares” e “corroídas porque a adesão pública será relutante”, motivo pelo qual os Juízes, antes de exararem suas decisões, deverão pensar e repensar de forma a apresentarem um pensamento lógico, palpável no mundo dos homens.

Sendo assim, podemos concluir a importância e poder que o povo possui como titular passivo deste poder, conforme destaca com felicidade Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵¹:

Todo e qualquer poder existe segundo quer ou aceita o povo, ainda que inconscientemente, ainda que pressionado a fazê-lo. A contraprova está em que nenhum governo, por mais tirânico que seja, por mais fortes que sejam os seus instrumentos de coerção, sobrevive, quando o povo, ou parcela ponderável deste, contra ele se levanta.

Comprova-se este poder exercido pelo povo pelo doutrinador citado acima⁵² que, mesmo os governos que possuem uma força coativa e coercitiva sobre o povo, não se sustentam frente às situações de protestos de uma população insatisfeita, conforme ocorrido no final do século passado no Leste Europeu.

⁴⁹ DWORKIN, op. cit., p. 225.

⁵⁰ DWORKIN, op. cit., p. 232.

⁵¹ FERREIRA FILHO, op. cit., 2003, p. 50.

⁵² Ibid., p. 57.

Ocorreria uma possibilidade de sistema de freios e contrapesos, onde a grande esperança seria no sentido de que não ocorressem abusos, mas o Poder Judiciário manteria a garantia aos direitos fundamentais.

Destacamos que fazendo as devidas adequações em nossos procedimentos processuais, entendemos que o Poder Judiciário seja o único capacitado para ocupar a posição de controlador da constitucionalidade dos direitos fundamentais, de forma a exigir o cumprimento do dever do Estado, obtendo resultados na esfera social de uma forma renovadora, como nos dizeres de Cappelletti⁵³ sobre a posição dos tribunais: “elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.

Ronald Dworkin⁵⁴ entende que o Judiciário não estaria exercendo uma complementação à função do Poder Legislativo de promulgação da Lei, mas, tentando tomar uma decisão que seria a mesma utilizada pelo Legislativo se este se defrontasse com o problema apresentado pelo caso específico.

Vale bem notar que, se possuímos a pretensão de aplicar a proporcionalidade de forma correta, será necessária e pressuposta a existência de valores estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, com um procedimento estruturado, racional e objetivo de forma a viabilizar as decisões de forma rápida e eficaz.

Assim, o princípio da proporcionalidade, por enquadrar-se na idéia de uma norma princípio conforme dito em tópicos anteriores, tem uma natureza processual muito grande, vez que se faz necessária a sua

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 47.

⁵⁴ DWORKIN, op. cit., p. 170.

utilização dentro do processo, encaixando-se, deste modo, no modelo de argumentação jurídica e interpretação constitucional de Robert Alexy, baseado na distinção entre regras, princípios e procedimento.

Este procedimento seria uma das formas de que a sociedade fosse atendida em suas exigências, garantindo a sua participação e liberdade dos indivíduos nas quatro dimensões dos direitos fundamentais, como um grande orientador para a interpretação de suas normas e no uso delas do ordenamento jurídico. Portanto, mostra-se muito interessante encararmos a Constituição como um processo, como elucidada Willis Santiago Guerra Filho⁵⁵:

Essa concepção “procedimental” da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de “pós-moderna”, em que caem em descrédito as “grandes narrativas”, legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular “saber, para prever”. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o Direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta NIKLAS LUHMANN, a partir de uma constituição se dá uma “abertura para o futuro” na forma de legitimar-se o Direito, o qual, agora, “prevê as condições de sua própria

⁵⁵ GUERRA FILHO, op. cit., 1989. p. 25.

modificabilidade e isso juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais” [...].

Muito provavelmente, posições resistentes ao princípio da proporcionalidade apresentam ou apresentarão, além dos questionamentos da figura do Juiz Legislador, algumas observações pertinentes às vacilações ou antinomias terminológicas utilizadas pelos mais diversos autores que tratam do tema, mas, antes de criticarmos e nos colocarmos resistentes, verifiquemos o que nos ensina Maquiavel⁵⁶:

[...] julgo feliz aquele que combina o seu modo de proceder com as particularidades dos tempos, e infeliz o que faz discordar dos tempos a sua maneira de proceder.

Fica claro e evidente que toda e qualquer atividade judicial, não estará reduzida à mera aplicação do Direito de uma forma matemática. Sempre haverá um elemento ou condição criativa nos processos de interpretação pelos que manuseiam o Direito, em especial do Juiz, pois, conforme verificamos na Doutrina de Kelsen, a sentença é norma jurídica, portanto, sempre haverá no Poder Judiciário, na figura dos Juízes, produtores do Direito.

O que se pretende deixar bem esclarecido em relação à esta produção do direito, referente ao processo interpretativo do princípio da proporcionalidade, consigna-se no fato de que a postura jurisprudencial

⁵⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 104. (Coleção Pensadores).

que se apresentar deverá fortalecer a tarefa do órgão legislativo na criação da Lei.

Quanto à disposição da proporcionalidade de possuir um estado de equilíbrio em questões delicadas ou difíceis como colocamos anteriormente, não se está querendo dizer que estamos diante de um princípio que possui uma essência divina com uma habilidade magnânima de solucionar todos e quaisquer conflitos estabelecidos entre os princípios constitucionais. Trata-se de uma idéia e trabalho humano, com possibilidades de fracasso.

Todavia, em razão da sua postura de equilíbrio, demonstrada na teoria, busca otimizar as questões dos direitos fundamentais. Assim, estaremos diante de inúmeros paradoxos e contradições, pois, esta é uma das alternativas que a ciência do Direito, através da perseverança, intenciona a perfeição.

Deste modo, aqui fica cristalina e perfeita a idéia de um texto constitucional como uma obra aberta de construção e reconstrução do direito, de forma que verifiquemos como diz Willis Santiago Guerra Filho⁵⁷: “[...] quanto mais conhecemos tanto mais percebemos o que nos falta ainda conhecermos [...]”.

A proporcionalidade apresenta um caráter argumentativo, haja vista que, como um “mandato de otimização”, objetivará exatamente demonstrar um novo modo de pensar justo e razoável nas questões de Direito.

⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna* – introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 39.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade pode obter a recepção que pretendemos defender neste trabalho, mesmo que muitos entendam que não haja nenhuma referência explícita da proporcionalidade no texto constitucional, entendemos que sim, haja vista que conforme afirma Paulo Bonavides⁵⁸: “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”, passando a ser uma norma pressuposta em nosso ordenamento jurídico, cuja existência tem como objetivo principal a proteção do cidadão ante os excessos do Estado.

Desta maneira, a Doutrina tem o caráter de propagação deste fundamento constitucional de forma a que passe a obter reflexos e aplicação no campo dos Tribunais, haja vista que se mostra como uma realidade no Constitucionalismo Contemporâneo que suplanta a cada dia o formalismo jurídico, embora a sua essência esteja contida no parágrafo 2º, do art. 5º da Constituição Federal.

Portanto, defendemos e nos postamos ao lado daqueles que entendem que o princípio da proporcionalidade possibilitará um maior sentido ao texto constitucional brasileiro, vez que possibilitará a sua relação de pertinência entre as normas, de forma que os Tribunais e Juízes, em seu dever de aplicar a Constituição, não deverão se limitar apenas aos princípios formalmente explícitos⁵⁹.

Conclui-se, desta maneira, que o grande escopo do Princípio da Proporcionalidade é a resolução responsável, que analisará uma distinção

⁵⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 434.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 527.

de dificuldades para apresentar a melhor resolução do caso em tela, como modo de progressão do pensamento constitucional moderno de forma que o trabalho judicial tenha uma efetividade de forma que a população passe a acreditar nele, a utilização do princípio da proporcionalidade, deve atender os dizeres de Menelick de Carvalho Neto⁶⁰:

A fundamentação da decisão há de apresentar tal consistência que possa, em tese, convencer racionalmente a parte cuja a pretensão não foi acolhida da impossibilidade de se fazê-lo sem ferir a justiça e, portanto, a própria segurança jurídica.

Quanto à dimensão empírica, proposta por Alexy, apresentamos o breve comentário que o Supremo Tribunal Federal identifica ou se utiliza do princípio da proporcionalidade como razoabilidade, não atentando à Doutrina que serve como base deste ensaio. Haja vista que se utiliza da análise da razoabilidade ao referir-se às condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos para que sejam consideradas na decisão.

Desta forma, a razoabilidade não estabelece uma estrutura formal de eficácia, como a proporcionalidade, em razão de impor a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas.

Portanto, enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de eficácia, a razoabilidade refere-se à uma condição material para

⁶⁰ SAMPAIO, op. cit., p. 160.

a aplicação individual da justiça, motivo pelo qual a doutrina alemã atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade.

Mais importante que impor uma qualificação distinta para os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, é notar a distinção entre o método envolvido na aplicação de cada um deles: enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida.

Assim, há muito a ser trilhado e desenvolvido no que tange à idéia da Doutrina proposta para suplantar as categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, vale bem ressaltar que o progresso da norma de direito fundamental obterá grande êxito quando adicionarmos os nossos estudos a respeito da Teoria da Constituição com a Teoria da Moral⁶¹.

⁶¹ DWORKIN, op. cit., p. 234.