O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEÍCULO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: A BUSCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

José Marcelo Barreto Pimenta*

RESUMO: A consolidação de um paradigma pós-positivista passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica, mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias. Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna. O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade. Neoconstitucionalismo. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar do princípio da proporcionalidade, que, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, deverá buscar sempre a efetivação máxima da dignidade da pessoa humana, como sói acontecer no panorama pós-moderno.

Para tanto, a fim de uma melhor compreensão do tema, será feita uma

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador

breve explanação do jusnaturalismo até o pós-positivismo, quando, então, inaugurou-se uma nova hermenêutica, baseada, principalmente, em uma forte principiologia jurídica, exsurgindo como vetor máximo o princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro desse novo contexto, será feita uma análise do princípio da proporcionalidade, distinguindo-se as regras dos princípios, enfatizando-se a garantia dos direitos fundamentais e culminando com a nova hermenêutica desse princípio, alimentado intensamente pelo valor da dignidade humana.

2. DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 JUSNATURALISMO

Conforme os ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares, o jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisfilosófica de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. Ainda segundo ele, citando o magistério de Norberto Bobbio, podem ser vislumbradas duas teses básicas do movimento jusnaturalista. A primeira tese é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural. A segunda tese do jusnaturalismo é a superioridade do direito natural em face do direito positivo[1].

Ao longo do tempo, a doutrina jusnaturalista se utilizou de diversos fundamentos para a compreensão de um direito justo, podendo agrupá-los da seguinte forma: 1) jusnaturalismo cosmológico; 2) jusnaturalismo teológico; 3) jusnaturalismo racionalista; 4) jusnaturalismo contemporâneo.

O jusnaturalismo cosmológico foi a doutrina do direito natural que caracterizou a antiguidade greco-latina. Funda-se na ideia de que os direitos naturais correspondiam à dinâmica do próprio universo, refletindo as leis eternas e imutáveis que regem o funcionamento do cosmos[2].

O jusnaturalismo teológico (Idade Média) sofreu a influência do cristianismo, que introduziu novas dimensões ao problema da justiça. Segundo o jusnaturalismo teológico, o fundamento dos direitos naturais seria a vontade de Deus: o direito positivo deveria estar em consonância com as exigências perenes e imutáveis da divindade.

O jusnaturalismo racionalista consolida-se no século XVIII, como o

advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social. Esse movimento jusnaturalista, de base antropocêntrica, utilizou a ideia de uma razão universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena de o direito positivo corporificar a injustiça. (…) Nessa época, os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade passam a ser difundidos e contrapostos ao poder absoluto da monarquia[3].

No século XIX surgiram as ciências sociais como a Sociologia, a Antropologia e a Etimologia, que passaram a apontar a diversidade cultural das sociedades humanas. Diante disso, essas ciências sociais passariam a evidenciar que a concepção de justiça seria variável no tempo e no espaço, ao contrário do conceito eterno e perene da justiça difundido pelos jusnaturalistas. Nesse sentido, o jusnaturalismo contemporâneo incorpora as críticas feitas a ele próprio no século XIX, ao reconhecer a relatividade do conceito de justiça e sustentar que cada cultura valora a justiça de determinada forma. Sendo assim, repele-se a ideia de uma justiça perene e imutável, apresentando, em contrapartida, uma visão relativista quanto às possibilidades de configuração de um direito justo. Trata-se da constatação de que, em qualquer sociedade humana, haverá um forma de vivenciar o direito justo, porquanto a justiça se revela um anseio fundamental da espécie humana[4].

2.2 POSITIVISMO JURÍDICO

Contraposta à expressão "direito natural", própria do jusnaturalismo, é a expressão "direito positivo", da qual deriva o termo positivismo jurídico. Sua concepção nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no sentido próprio. Ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, havendo a exclusão do direito natural da categoria de juridicidade. Passa a ser um pleonasmo o acréscimo do adjetivo "positivo". O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

A passagem do jusnaturalismo para o positivismo tem forte ligação com a dissolução da sociedade medieval e a formação do Estado moderno. O

Estado passa a monopolizar o processo de produção jurídica, rompendo com o pluralismo jurídico medieval. Passa a haver um monismo jurídico, onde o Estado prescreve o Direito, seja através da lei ou, indiretamente, através do reconhecimento e controle das normas consuetudinárias. O juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, subordinado ao Legislativo. O direito positivo (direito posto e aprovado pelo Estado) é, então, considerado o único e verdadeiro direito.

Costuma-se dividir o positivismo em três facções: 1) positivismo legalista; 2) positivismo lógico; 3) positivismo funcionalista.

O positivismo legalista apresenta o direito como um fato, e não como um valor. Deve-se estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, ou seja, abstendo-se de formular juízos de valor. O direito é só, e somente só, o que está prescrito na lei. O conceito de validade fica restrito unicamente à estrutura formal do direito, não se perquirindo acerca do seu conteúdo valorativo. Há um esvaziamento da discussão sobre a justiça, haja vista a formalização do atributo da validez normativa afastar o exame da legitimidade da ordem jurídica. Nesse sentido, pode-se dizer que as noções de validade e de justiça da lei são igualadas, sofrendo uma inversão em relação ao jusnaturalismo: enquanto esse deduz a validade de uma lei da sua justiça, aquele deduz a justiça de uma lei da sua validade.

No que pertine ao positivismo lógico, com o advento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o positivismo jurídico se converte numa variante de normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões fática e valorativa do fenômeno jurídico. Sendo assim, ao isolar o direito dos fatos sociais, Hans Kelsen rejeita o tratamento científico da efetividade da ordem jurídica. Por sua vez, ao apartar o direito da especulação axiológica sobre a justiça, expurga a compreensão da legitimidade da ordem jurídica do campo do conhecimento jurídico[5].

Prefere-se privilegiar tão somente a validade da norma jurídica, verificada através do exame imputativo da compatibilidade vertical da norma jurídica com os parâmetros de fundamentação/derivação material e, sobretudo, formal que são estabelecidos pela normatividade jurídica superior. A norma inferior deve respeitar o critério da conformidade com a superior. Sendo assim, dentro da totalidade sistêmica hierarquizada e escalonada a que corresponde a pirâmide normativa, uma norma, para ser válida,

deve ser produzida de acordo com o conteúdo (o que deve ser prescrito), a competência (quem deve prescrever) e o procedimento (como deve ser prescrito) definidos pela norma jurídica superior. O sistema jurídico estaria, em última análise, fundamentado numa norma hipotética fundamental (*grundnorm*), como pressuposto lógico-transcendental do conhecimento jurídico, cuja função seria impor o cumprimento obrigatório do direito positivo, independentemente de sua eficácia e da sua legitimidade enquanto direito justo.

Por fim, comentando sobre o positivismo funcionalista, Ricardo Maurício Freire Soares assevera que, ao longo do século XX, a doutrina positivista sofre novos aperfeiçoamentos, em contato com as mais recentes contribuições das Ciências Sociais. O exemplo mais emblemático continua sendo o positivismo funcionalista, que encontra sua mais acabada expressão na teoria dos sistemas preconizada por Niklas Luhmann, para quem o direito se afigura como um sistema comunicativo de natureza autopoiética[6]. Para ele (Luhmann), a teoria de sistemas deve poder tudo explicar (universalidade), inclusive o próprio ato de teorizar (reflexividade), o que faz explicando tudo como sendo sistema (autorreferência) e o que não configura esse sistema – o ambiente. Por sua vez, o sistema autopoiético é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do meio circundante, mas por sua própria organização sistêmica.

2.3 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Surgido na transição da modernidade para a pós-modernidade, o pós-positivismo jurídico é o movimento jurisfilosófico que encerra a contraposição do jusnaturalismo e juspositivismo. Pode ser encarado como a síntese entre a tese (jusnaturalismo) e a antítese (positivismo jurídico).

O jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão, baseando-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. A filosofia do direito constatou os limites do jusnaturalismo, haja vista ter a fundamentação do direito justo no suposto direito natural ter se revelado frágil, não somente pela insegurança grada pelo caráter absoluto e pela abstração metafísica do conceito, como também pela excessiva valorização do atributo da legitimidade em face da validade da normatividade jurídica, necessária para mínima manutenção da ordem e segurança no convívio em sociedade.

Com as revoluções liberais e burguesas, nos séculos XVIII e XIX, as

constituições escritas e as codificações passaram a simbolizar o ocaso da doutrina do direito natural e a consequente hegemonia do positivismo jurídico. Em busca da objetividade científica, o juspositivismo identificou o direito à normatividade jurídica, afastando a Ciência Jurídica da discussão sobre a legitimidade e a justiça.

Segundo Chaim Perelman, será combinando diversas ideologias que a Revolução Francesa chegará a identificar o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes. O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador[7].

Nesse sentido, a filosofia do direito ratificou os limites do positivismo jurídico do que seja o direito justo, em suas diversas feições legalista, lógica e funcionalista, em face da doutrina juspositivista se manter distante dos valores do direito (neutralidade axiológica), sacrificando a legitimidade do ordenamento jurídico em favor de uma validade estritamente normativa, como alternativa para a segurança jurídica. A busca da objetividade científica apartou o Direito da Moral e dos valores transcendentes, concebendo o fenômeno jurídico como emanação do Estado com caráter coativo e imperativo. A Ciência do Direito resumia-se a juízos de fato e não de valor, esvaziando o debate sobre legitimidade e justiça.

Por conta dessa problemática fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico revelou-se limitado e insatisfatório, entrando em crise, abrindo-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, pós-positivismo jurídico[8].

O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, opera reintrodução das noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico.

Nesse sentido, Chaim Perelman defende que as concepções do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última

guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador[9].

O pós-positivismo jurídico tem reflexos em vários campos da Ciência do Direito, emergindo novas possibilidades de realização do direito justo, podendo ser identificados alguns contributos desse movimento, dentre eles o delineamento de uma nova hermenêutica jurídica e a valorização da principiologia jurídica.

A solução justa da lide deixa de ser, simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme a lei, isto é, legal. Pelo contrário, no pós-positivismo são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiarão o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito. Destarte, o pós-positivismo permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um sistema formal e fechado de regras legais, abrindo espaço para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios jurídicos como espécies normativas que corporificam valores e finalidades.

Baseando-se no uso dos princípios, o pós-positivismo passa a oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de harmonizar a legalidade com legitimidade e reafirmar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

O propósito principal do pós-positivismo foi o de inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Isso traduz-se numa releitura do positivismo clássico: ao invés de renascer o jusnaturalismo, trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. Na verdade, o direito natural positivou-se. Daí porque se diz que ele apresenta-se como uma síntese entre o jusnaturalismo (tese) e o juspositivismo (antítese).

O pós-positivismo, assim, caracteriza-se justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade.

2.3.1 A PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA: A VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Sendo característica do pós-positivismo a abertura aos influxos dos fatos e valores da realidade, interessa frisar a emergência de um paradigma principiológico que confere aos princípios jurídicos uma condição fundamental na concretização do próprio Direito. Em outras palavras, sendo o pós-positivismo um movimento eminentemente axiológico, ligado a valores, é possível que o intérprete se utilize das mais variadas técnicas de interpretação e argumentação, despontando os princípios jurídicos como importante ferramenta nessa tarefa hermenêutica.

Nesse sentido, Chaim Perelman sustenta que, após a Segunda Guerra Mundial e o processo de Nuremberg, os tribunais passaram a recorrer com frequência cada vez maior e mais abertamente aos princípios gerais do direito, comuns a todos os povos civilizados[10]. O próprio fato destes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo Poder Legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda a regra do Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos, todos, tirariam sua validade de uma norma pressuposta.

Segundo ele[11],

> faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. O raciocínio judiciário, tal como é atualmente concebido, não permite estabelecer uma distinção tão nítida quanto no século XIX entre o direito natural e o direito

> positivo. De fato, se o direito positivo é o direito tal como funciona efetivamente em dada sociedade, ele já não coincide com os textos promulgados, pois de um lado os princípios gerais e as regras do direito não escrito virão limitar ou estender o alcance das disposições legislativas e, do outro, certos textos legais, por um outro motivo, deixam de ser aplicados, ao menos em toda a sua generalidade e, embora formalmente válidos, veem sua eficácia diminuída de modo imprevisível.

Para a teoria da argumentação de Perelman, os princípios são considerados como *topoi,* aos quais o magistrado pode recorrer como pontos de partida para a fundamentação da decisão, vale dizer, lugares-comuns do Direito, que podem servir de premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para o processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim, a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermeneuta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica[12].

Para Ricardo Maurício F. Soares[13], no tocante à operacionalização da interpretação principiológica diferentemente das regras – que possuem uma estrutura proposicional clássica (se A, então *B),* os princípios jurídicos não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo. Logo, a sua aplicação exige um esforço axiológico para que sejam densificados e concretizados pelos operadores do Direito. Com efeito, *densificar* um princípio jurídico implica preencher e complementar o espaço normativo, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. A densificação de um princípio é uma tarefa complexa que se inicia com a leitura isolada da norma principiológica, passando por uma análise sistemática da ordem jurídica, para, a partir daí, delimitar o seu significado. Por sua vez, concretizar um princípio jurídico é traduzi-lo em decisão, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos) a normas decisórias (contextos jurídicos-decisionais).

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, ao mesmo tempo, pela crescente constitucionalização dos mesmos, promovendo, assim, a transição do modelo formal de Constituição, reduzida a mero catálogo de competências e procedimentos, para o paradigma material

de Carta Magna, que a eleva ao patamar de repositórios dos valores fundantes do Estado e do conjunto da sociedade civil.

Ricardo Maurício F. Soares[14] sustenta que, com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo (reflexo do pós-positivismo no direito constitucional), torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

2.3.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A ideia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do direito reinou durante muito tempo na teoria jurídica tradicional. Serviriam eles apenas como meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna, haja vista não serem vistos como normas jurídicas, e sim como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Prova disso pode ser vista através do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-Lei nº 4.657/42), cuja redação é a seguinte: Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Conforme Dirley da Cunha Júnior[15],

> deve-se ao pós-positivismo[16], como marco filosófico do novo Direito Constitucional do pós-guerra, a superação da distinção entre normas e princípios. Muitos foram os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes e irrefutáveis, destacando-se, entre eles, Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Crisafulli, Canotilho, Jorge Miranda e Norberto Bobbio.

No Brasil, todos os constitucionalistas já compartilham da normatividade dos princípios.

Ainda segundo o mencionado autor[17], distinguir entre normas-regras e normas-princípios não é uma missão simples, sendo encontrados na doutrina diversos critérios distintivos, quais sejam: a) o grau de abstração e generalidade; b) o grau de indeterminação; c) o caráter de fundamentalidade dos princípios perante o sistema jurídico; d) a proximidade da ideia de Direito, e; e) a função normogenética e sistêmica dos princípios.

Consoante Humberto Ávila,

> Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes: Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (…) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério de relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada"[18].

O mesmo Humberto Ávila[19] nos traz os seguintes conceitos distintivos: As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige

a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Vale mencionar que ele acrescenta ainda o conceito de postulados, que seriam metanormas. Segundo ele, os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas[20]. Tal autor considera a proporcionalidade como postulado específico, ao lado da igualdade e da razoabilidade. Sem embargo da classificação desse autor, neste trabalho adotaremos a ideia de que a proporcionalidade constitui-se em princípio.

Robert Alexy[21] assevera que

> o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua classificação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é

> determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

O mesmo autor aduz que as diferenças entre as duas categorias de normas ficam mais nítidas nos casos de colisões de princípios e conflitos de regras.

No caso de conflito entre regras, o mesmo só poderia ser solucionado ou com a inserção de uma cláusula de exceção ou, caso não fosse possível, com a invalidação de uma das normas, extirpando-a do mundo jurídico.

Já no caso de colisão entre princípios, um deles terá que ceder naquele caso concreto, permanecendo, entretanto, com sua validade preservada no mundo jurídico. Em outras palavras, não se introduz nenhuma cláusula de exceção e nem tampouco se declara a invalidade de algum dos princípios. O que ocorre é que, dentro daquelas circunstâncias do caso concreto, um dos princípios terá precedência em relação ao outro. É a chamada relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto. É isso que se quer dizer quando se fala em pesos dos princípios. Portanto, a colisão entre princípios resolve-se através do sopesamento, que definirá qual dos princípios, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

Não obstante as divergências existentes na doutrina, comungamos do entendimento de que os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios[22]. Acrescentamos que, enquanto as regras são aplicadas segundo um juízo de exclusão uma das outras, os princípios devem ser sopesados para que a opção por uma não retire absolutamente a aplicação do outro, devendo se empreender esforços no sentido de conservar o núcleo essencial de todos os princípios envolvidos no caso concreto.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Discutiu-se muito em doutrina sobre de onde deveria ser "retirado" o princípio da proporcionalidade, haja vista não ser ele uma norma explícita no ordenamento jurídico nacional. Depois de algumas discussões doutrinárias, tendo, inclusive, se chegado a sustentar que tal princípio era extraído do devido processo legal, acabou-se, por fim, estabelecendo-se de maneira majoritária que o princípio da proporcionalidade advinha da opção política pelo Estado Democrático de Direito, porquanto o mencionado princípio era uma das formas de garantir a preservação dos direitos fundamentais, um dos escopos principais dessa forma de Estado adotada pela nossa Constituição Federal de 1988.

Paulo Bonavides, citando o publicista francês Xavier Philippe, assevera que há princípios mais fáceis de compreender do que definir, sendo o da proporcionalidade um desses[23].

Consoante Ricardo Maurício Freire Soares, a ideia de proporcionalidade se afigura, além de um importante princípio jurídico fundamental, como um referencial argumentativo valoroso, já que exprime um raciocínio aceito como justo e razoável de modo geral, de utilidade comprovada no equacionamento de questões práticas tanto no direito como em outras disciplinas, sempre que se trate da descoberta do meio mais adequado para atingir determinada finalidade[24].

Manoel Jorge e Silva Neto o conceitua como o princípio de interpretação constitucional que impõe soluções legislativa e judicial menos restritivas possíveis a direitos fundamentais, além de condicionar edição de leis a serem suportadas proporcionalmente pela coletividade[25].

Para Juarez Freitas "o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos"[26].

No escólio de Suzana de Vidal Toledo Barros,

> a expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas.

> Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional[27].

Cumpre salientar que muitos autores não fazem distinção entre proporcionalidade e razoabilidade (Luis Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes) enquanto outros preferem a distinção (Humberto Ávila, Helenilson Cunha Pontes, Wilson Antônio Steinmetz, George Marmelstein). Sem embargo das opiniões em contrário, adotamos neste trabalho, por questões pragmáticas, a identidade dos princípios mencionados, por ser esta a orientação do STF[28]. Confira-se, a respeito, o julgamento da ADIn 1.063/DF, rel. Min. Celso de Mello[29].

Na esteira do magistério de Dirley da Cunha Júnior, tal princípio cuida de um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público (leis, atos administrativos ou decisões judiciais) quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito. Ainda segundo o mencionado autor,

> tal princípio impõe que as entidades órgãos e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas[30].

O princípio da proporcionalidade trata de uma relação de meio e fim, isto é, visa confrontar o fim e a justificativa de uma intervenção com os efeitos desta. Se não houver uma relação de meio e fim não se pode realizar o exame da proporcionalidade, ante a falta dos elementos estruturantes. Sempre que houver uma medida concreta que se destine a implementar uma finalidade

deve se analisar as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (adequação), de a medida ser a que menos restringe os direitos envolvidos em relação às que podiam ser utilizadas para tal finalidade (necessidade) e de a finalidade buscada justificar a restrição (proporcionalidade em sentido estrito).

A doutrina costuma apontar três dimensões desse princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade ou vedação de excesso, e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido é o escólio de Eduardo Appio, para quem "os requisitos para aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina - secundada pela jurisprudência do Supremo Tribunal -, são os seguintes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito"[31].

Tais dimensões (também chamadas de subprincípios) correspondem às seguintes perguntas que devem ser feitas mentalmente frente à medida limitadora de direito fundamental: a) para a adequação: o meio promove o fim? Ou ainda: o meio escolhido é adequado e pertinente para atingir o resultado buscado?; b) para a necessidade: dentre aqueles meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental violado? Ou então: o meio escolhido é o mais suave ou menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?; c) para a proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens decorrentes da promoção do fim superam as desvantagens provocadas pela adoção do meio? Ou ainda: o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?

O subprincípio da adequação proíbe meios intervenientes em direitos fundamentais que não fomentem as metas por si perseguidas, enquanto que o da necessidade exige que, dentre dois meios igualmente realizadores de um direito à proteção, seja escolhido aquele que menos intensivamente intervenha no direito de defesa. O mesmo vale se ambos os meios fomentarem, igualmente, qualquer outra meta[32].

Já o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição

causada?[33]

É no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito que as maiores dificuldades se apresentam. Com efeito, demonstrar que o ato questionado não tem as condições exigidas para atingir os fins almejados pelo legislador ou que este poderia ter se utilizado de um meio menos agressivo não é difícil. "Todavia, em relação à proporcionalidade em sentido estrito (aplicado pelo STF como razoabilidade), a demonstração de que um determinado valor deve se sobrepor à atividade regulatória esconde um vasto e poderoso arsenal ideológico que muitas vezes não está explicitado na decisão judicial"[34].

George Marmelstein, explicando tais subprincípios, nos traz uma interessante analogia com a atividade de um médico:

> A primeira coisa que um médico pensa ao receitar uma medicação ou ao propor uma intervenção cirúrgica é saber se o tratamento será adequado para alcançar a cura do paciente (adequação). Nenhum médico seria louco de tratar uma gripe com remédio para dor de cabeça, pois a medida seria totalmente ineficaz.
>
> Uma vez descoberto o tratamento adequado, o médico analisará qual será a medida certa para alcançar o resultado pretendido. A dose do medicamento não pode ser muito excessiva, pois poderá fazer o paciente sofrer desnecessariamente. Mas também não pode ser insuficiente para atingir a cura. Tem que ser na medida certa, nem mais nem menos do que o necessário (necessidade). Além disso, dentro da mesma lógica, o médico tenta encontrar, entre todos os tratamentos adequados, aqueles que são menos onerosos, pois se houver mais de uma opção possível, deve-se escolher a mais barata.
>
> Por fim, o médico ponderará se os efeitos colaterais que o tratamento terá compensam o resultado final, que é a cura da doença (proporcionalidade em sentido estrito). Às vezes, o tratamento é adequado e necessário para curar o paciente, mas causará danos colaterais ainda piores do que aqueles que a doença provoca. Há que ser feito um sopesamento para saber se é melhor prosseguir com o tratamento doloroso ou conviver com a doença não tão grave[35].

Tal analogia demonstra de forma bem didática os subprincípios (ou submáximas, como prefere Robert Alexy) do princípio da proporcionalidade.

3.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Podemos identificar duas distintas funções do princípio da proporcionalidade, ambas servindo de garantia protetora dos direitos fundamentais.

Na primeira função, o princípio da proporcionalidade representa um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa do Estado contra tais direitos. Abrange os atos do Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, a finalidade do princípio da proporcionalidade seria verificar se uma decisão administrativa, legislativa ou judicial, que afeta, restringe ou limita um direito fundamental, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Sua aplicação tem por fim, assim, no escólio de Germana de Oliveira Moraes[36], "ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, isto é, sobre os atos administrativos que envolvam juízos discricionários ou valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados, possibilitando a contenção da abusividade das prerrogativas públicas".

Nesse ponto, o princípio da proporcionalidade surge como uma verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público, sobretudo o legiferante. Como assevera Paulo Bonavides, citando Grabitz, a principal função do princípio da proporcionalidade é exercitada na esfera dos direitos fundamentais, servindo ele, antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais[37]. Parafraseando Humberto Ávila[38], cumpre ao Poder Judiciário "avaliar a avaliação" feita pelo Poder Legislativo e pelo Executivo.

Os atos judiciais também se sujeitam a este controle pelo princípio da proporcionalidade. George Marmelstein, ao tratar dessa matéria, nos traz o seguinte:

> Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do

> Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O Juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito[39].

Qualquer limitação a direitos fundamentais deve, a princípio, ser considerada suspeita, devendo, por conta disso, passar por um exame de constitucionalidade mais rigoroso, cumprindo ao Poder Judiciário exigir a demonstração de que tal limitação se justifica frente a um interesse mais importante. É aí que o princípio da proporcionalidade toma posição garantista de grande relevo, pois, a restrição ao direito só será legítima caso o mencionado princípio seja atendido.

"O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de 'limite dos limites'"[40].

No que toca à segunda função, este princípio se apresenta como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. A colisão de direitos fundamentais decorre da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são, quase sempre, enunciados através de princípios.

Princípios, no escólio de Robert Alexy, são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados e cuja satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas, entendidas estas últimas como sendo as hipóteses de conflitos com outros princípios e regras colidentes. Destarte, como a satisfação de tais mandamentos de otimização não depende de si só, ao contrário, depende das possibilidades fáticas e jurídicas, diz-se que os princípios não são absolutos, e sim relativos, podendo colidir entre si.

Nesse ponto, cumpre observar que, contrariando a posição majoritária da doutrina, Norberto Bobbio entende ser possível direitos fundamentais absolutos. Para ele, a maioria dos direitos do homem não são absolutos e nem constituem uma categoria homogênea, o que implica dizer, a *contrario sensu*, que ele admite direitos fundamentais absolutos, ainda que em minoria. Segundo Bobbio,

> Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. […] Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica e única "direitos do homem" faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea.
> Entendo por "valor absoluto" o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. […] O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção e universalmente condenada. […] Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. […] Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente[41].

Entretanto, preferimos ficar com o entendimento de Robert Alexy, haja vista ser a relatividade dos princípios decorrência natural da própria natureza de princípios das normas de direitos fundamentais. Ora, como os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo sua satisfação de possibilidades fáticas e jurídicas (conflitos com outros princípios e regras), se eles fossem absolutos (tivessem valores absolutos) não poderiam ser alvo

de ponderação/sopesamento em um caso concreto de colisão. Tal ideia acha-se umbilicalmente ligada à de hierarquia axiológica dos princípios, como veremos adiante.

O próprio STF já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto,

> mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição[42].

São comuns os conflitos ou tensões entre direitos fundamentais quando da aplicação ou utilização pelos particulares de cada um desses direitos, levando quase sempre a questão para o Poder Judiciário, que fica diante de um quadro a exigir uma pronta intervenção para solucionar o problema e, ao mesmo tempo, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. É aí que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para auxiliar o intérprete na difícil tarefa de aferir, no caso concreto, qual direito deverá prevalecer. Para tanto, a pedra de toque que o operador do direito fará uso é o sopesamento.

Seguindo os ensinamentos de Robert Alexy[43], "quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico, afirmando, ainda, que para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão". E prossegue o autor alemão:

> Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isto significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos

> fundamentais[44]. "A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas"[45].

O sopesamento/ponderação é uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deverá prevalecer naquele caso em concreto. Aqui vale frisar que cada sopesamento, por envolver valores próprios de cada caso concreto, só vale para aquele caso, isto é, só vale para aquelas circunstâncias. É uma relação de precedência de valores condicionada às circunstâncias do caso concreto, o que implica dizer que, sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Ademais, reconhecer que o sopesamento é necessário passa pela aceitação da ideia de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais. George Marmelstein sustenta que

> de fato, apesar de não existir, do ponto de vista estritamente normativo, hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo plano jurídico constitucional (princípio da unidade da Constituição), parece inquestionável, sob o aspecto ético/valorativo, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente. Certamente, alguns direitos "valem" mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os direitos fundamentais. [...] Em alguns casos, a própria Constituição estabelece de forma nítida qual o direito que merece projeção. Por exemplo, ao proibir a prisão civil por dívida, o constituinte deixou claro que o direito de liberdade seria mais importante do que o direito de propriedade nessa situação particular, sendo, portanto, inadmissível determinar a prisão de um sujeito que não pague uma dívida de natureza civil,

> exceto naquelas situações ressalvadas pelo texto constitucional. Em muitas hipóteses, contudo, o sopesamento será uma atividade extremamente complexa, envolvendo critérios pouco objetivos de decisão, a depender bastante do perfil ideológico do sujeito que irá realizar a ponderação[46].

Fincadas tais premissas sobre a funcionalidade do princípio da proporcionalidade, calha trazer a lume uma decisão que é apontada como das primeiras em que foi aplicado o princípio da proporcionalidade no Brasil (como exemplo da primeira função). Trata-se do Recurso Extraordinário n. 18.331[47], em que era recorrente a empresa "Marques e Viegas" e recorrido "a Prefeitura Municipal de Santos" (no acórdão constava prefeitura, e não Município), onde a primeira contestava um aumento da segunda sobre o "imposto de licença sobre cabine de banho". Nele, pode-se colher o seguinte trecho:

> O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade.

Já sobre a égide da atual Constituição, podemos citar outra decisão (também dizendo respeito à primeira função) em que o Supremo Tribunal Federal empregou a expressão princípio da proporcionalidade: foi quando, em sede de controle da constitucionalidade (ADIn), em 1993, ele deferiu medida cautelar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº. 10.248 de 14.01.93, que previa ser obrigatória a pesagem de botijões de gás na vista do consumidor, consoante se vê:

> Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, §2º, e 238, **além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos**: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a

> suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se inconstitucionalidade: liminar deferida[48] (grifo nosso).

Vale ressaltar que a mencionada ADIn foi, por maioria, julgada procedente em 06.03.2008 (com publicação no DJ em 27.03.2009), tendo sua ementa novamente feito referência ao princípio da proporcionalidade:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. **Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos**. 5. Ação julgada procedente (grifo nosso).

Outrossim, mais recentemente, ao decidir novamente pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, o STF fez uso de tal princípio no sentido da segunda função acima mencionada, asseverando que a prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, haja vista a previsão pelo ordenamento jurídico de outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[49].

Outra oportunidade de grande relevância em que tal princípio também foi utilizado ocorreu no julgamento da ADPF nº 130, que questionava a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), a qual foi julgada procedente no sentido de se declarar como não recepcionada pela CF/88 todo o conjunto de

dispositivos da mencionada lei.

Destarte, o STF, como órgão guardião da Constituição, e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, tem feito bastante uso do princípio da proporcionalidade na defesa destes últimos, demonstrando, assim, seu caráter de garantia dos mesmos.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEÍCULO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: A BUSCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna.

Como o pós-positivismo prega um direito axiológico, aberto aos valores da sociedade, e arraigado de normas principiológicas, que, como visto, não raro entram em rota de colisão, o princípio de proporcionalidade surge como o viés protetivo dos cidadãos e de seus direitos fundamentais.

Com efeito, quando ocorre uma colisão de princípios, não se afasta nenhum deles, como no caso de conflito entre regras. Na colisão de princípios a solução será dada pelo sopesamento, isto é, pela atribuição de pesos aos princípios envolvidos, chegando ao final, após uma intensa argumentação jurídica, a um resultado que estabelecerá qual o princípio com maior peso naquele caso concreto. Aquele princípio que tiver o maior peso deverá prevalecer naquela situação determinada. Para se chegar a essa conclusão, o intérprete necessitará do princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Nessa tarefa do sopesamento, com vistas a se extrair o princípio prevalecente no caso concreto, estabelecer-se-á relações de precedências condicionadas, consistentes na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, a questão pode ser resolvida de forma contrária.

A questão decisiva é, segundo Robert Alexy[50], portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Nesse sentido, ele obtempera que, se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso – que decorre desse enunciado –, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional. O estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados[51].

E prossegue afirmando que, no entanto, a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado.* Em ambos os modelos, o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes[52].

Fica claro, portanto, que a solução da colisão principiológica deverá, obrigatoriamente, levar em conta uma correta fundamentação, associando a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica. Nesse ponto, e à luz da nova hermenêutica pós-moderna, a dignidade da pessoa humana deverá ser o vetor principal do intérprete, que buscará sempre a sua efetivação em grau máximo.

Observe-se que não se está aqui defendendo o grau absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como já visto, não existem princípios absolutos. É da própria natureza principiológica que exsurge a relatividade dos mesmos, que são satisfeitos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, entendidas estas últimas como as situações de conflito com regras e colisões com outros princípios. O que se está aqui a defender é a busca incessante da realização da dignidade humana, que servirá de argumento maior para o intérprete dentro da sua argumentação jurídica.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a

harmonização da pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Bastante elucidativo é o ensinamento de Ricardo Maurício F. Soares, para quem, como se deduz, o princípio da proporcionalidade funciona como importante parâmetro para orientar a atividade de sopesamento de valores do intérprete do Direito, iluminando a ponderação de princípios jurídicos e, pois, de dimensões da dignidade humana eventualmente conflitantes. Descortina-se, portanto, como alternativa hermenêutica para a colisão entre os direitos fundamentais dos cidadãos, vetores que norteiam uma vida digna, modulando a interpretação e a posterior tomada de uma decisão, perante casos difíceis. Nos chamados *hard cases*, muito frequentes na prática processual, a subsunção se afigura insuficiente, especialmente quando a situação concreta rende ensejo para a aplicação de normas principiológicas, que sinalizam soluções axiológicas e teleológicas muitas vezes diferenciadas[53].

Ao vislumbrar-se a ordem jurídica brasileira, não faltaram exemplos de aplicabilidade do raciocínio ponderativo na harmonização das dimensões da dignidade da pessoa humana: a) o debate acerca da relativização da coisa julgada onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e o princípio da realização da justiça; b) a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, onde se contrapõem princípios como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana; c) o debate sobre os princípios da liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa ou da família; d) a polêmica concernente aos princípios da liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção da saúde; e) o conflito entre os princípios da liberdade religiosa e proteção da vida, em situações que envolvam a transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, além de outras hipóteses ilustrativas[54].

Finaliza Ricardo Maurício F. Soares[55], escrevendo que, deste modo, o princípio da proporcionalidade, como *standard* juridicamente vinculante, informando a ideia de justiça ínsita a todo ordenamento, atua por meio de um mandado de otimização, no sentido de que os imperativos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos no âmbito da realização de uma vida digna.

Destarte, sustentamos que, apesar de serem princípios distintos, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo

de aplicação daquele. Em outras palavras, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jurisfilosófica de fundamentação do direito justo que remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estoicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX. Ele pressupunha a superioridade do direito natural em face do direito positivo, isto é, a sobreposição da legitimidade sobre a legalidade.

O juspositivismo, ao contrário do jusnaturalismo, sobrepunha a validade normativa em relação à legitimidade, esvaziando, destarte a discussão sobre a justiça do direito. Contraposta à expressão "direito natural", própria do jusnaturalismo, é a expressão "direito positivo", da qual deriva o termo positivismo jurídico. Sua concepção nasce quando o direito positivo passa a ser considerado direito no sentido próprio. Ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, havendo a exclusão do direito natural da categoria de juridicidade. Passa a ser um pleonasmo o acréscimo do adjetivo "positivo". Não existiria outro direito senão o positivo.

O pós-positivismo jurídico foi uma síntese entre o jusnaturalismo (tese) e o juspositivismo (antítese). Surgido na transição da modernidade para a pós-modernidade, o pós-positivismo jurídico é o movimento jurisfilosófico que encerra a contraposição do jusnaturalismo e juspositivismo. O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, opera reintrodução das noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. O propósito principal do pós-positivismo foi o de inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Isso traduz-se numa releitura do positivismo clássico: ao invés de renascer o jusnaturalismo, trouxeram-se os valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais.

Temos como reflexo do pós-positivismo uma nova maneira de se interpretar o Direito, que deixa de ser neutro e passa a ser axiológico, isto é, surge novamente a discussão do direito justo e equitativo. Essa nova hermenêutica é caracterizada por uma crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; pela defesa da positivação constitucional dos valores éticos; pela crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que contraditórios, e; pelo compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana, que passa a ser o principal vetor hermenêutico.

Sendo característica do pós-positivismo a abertura aos influxos dos fatos e valores da realidade, interessa frisar a emergência de um paradigma principiológico que confere aos princípios jurídicos uma condição fundamental na concretização do próprio Direito. Em outras palavras, sendo o pós-positivismo um movimento eminentemente axiológico, ligado a valores, é possível que o intérprete se utilize das mais variadas técnicas de interpretação e argumentação, despontando os princípios jurídicos como importante ferramenta nessa tarefa hermenêutica.

Quando se pensa em discorrer sobre um princípio, é mister também que se distinga entre princípios e regras. Nesse sentido, a distinção não é missão simples, havendo muitos critérios doutrinários que tratam desse assunto. Dentre eles, podemos citar alguns mais utilizados, como, por exemplo, o do caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação, relacionamento normativo e fundamento axiológico. Também são importantíssimos os critérios distintivos trazidos por Humberto Ávila e Robert Alexy. Para este último, "princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua classificação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau".

A consolidação de um paradigma pós-positivista passou a formular novas propostas de compreensão do significado de um direito justo, buscando compatibilizar as exigências de validade e legitimidade da ordem jurídica,

mediante o delineamento de variadas alternativas teóricas, com destaque, dentro do paradigma neoconstitucionalista, para a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, como alternativa de fundamentação e legitimação das opções hermenêuticas e decisórias. A dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento e tutela de um espaço de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas pelo simples fato de existirem no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo.

O princípio da proporcionalidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à evolução dos direitos e garantias individuais, verificadas a partir das revoluções burguesas da Europa. No que toca às funções do mencionado princípio, são elas: proteção contra a atividade limitativa do Estado, e instrumento de solução de conflitos entre direitos fundamentais. A primeira função abrange atos do Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, a finalidade do princípio é verificar se uma (decisão administrativa, legislativa ou judicial) restritiva ou limitativa de um direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Na função de solucionar conflitos entre direitos fundamentais a ponderação/sopesamento é conceito chave. Há conflito entre direitos fundamentais/princípios, pois eles são relativos. A relatividade decorre da própria natureza principiológica das normas que encerram direitos fundamentais. O conceito de Robert Alexy sobre princípios já traz a previsão de "possibilidades jurídicas" a influenciar na aplicação dos mesmos, isto é, o conflito com regras e outros princípios antagônicos. Da relatividade decorre a hierarquia axiológica entre os princípios. Para resolver os conflitos utiliza-se a ponderação/sopesamento. Como o sopesamento é uma atividade intelectual que engloba as circunstâncias do caso concreto, só vale para ele.

O princípio da proporcionalidade, seja protegendo os cidadãos contra as investidas do Estado ou solucionando conflitos entre direitos fundamentais, atua como garantia protetiva destes últimos.

Dentro desse novo contexto hermenêutico surgido com a pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, apresenta-se, não só como um importante princípio jurídico fundamental, mas também como um verdadeiro referencial argumentativo em busca do fim maior que é uma vida digna. O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como proposta a harmonização da

pluralidade dos direitos fundamentais que possibilitam uma vida digna, de molde a sintetizar as exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Apesar de serem princípios distintos, o princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana são indissociáveis, haja vista ser este último o principal vetor argumentativo de aplicação daquele. Em outras palavras, ao se aplicar o juízo de proporcionalidade, através de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o intérprete deverá orientar-se de forma a atingir, de forma máxima, a dignidade da pessoa humana.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS A VEHICLE FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE LEGAL POSTMODERNITY: THE QUEST FOR HUMAN DIGNITY

ABSTRACT: The consolidation of a post-positivist paradigm began to formulate new proposals for understanding the meaning of a just right, trying to reconcile the requirements of validity and legitimacy of law through the design of various theoretical alternatives, especially, within the paradigm neoconstitucionalista, to enhancing the principle of human dignity, as an alternative rationale and legitimacy of hermeneutical options and decision making. Within this new context hermeneutics emerged with post-modernity, the principle of proportionality, as guarantor of fundamental rights, it presents not only important as a fundamental legal principle, but also as a true benchmark of argument in search of greater goal a decent life. The principle of proportionality, therefore, proposes the harmonization of the plurality of fundamental rights that enable a dignified life in order to synthesize the requirements of legality and legitimacy of the legal system.

KEYWORDS: Postmodernity. Neoconstitutionalism. Human dignity. Proportionality.

Notas

[1] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p.27.

[2] Ibid, p.28.

[3] Ibid, p.37.
[4] Ibid, p.39.
[5] Ibid, p.45.
[6] Ibid, p.47.
[7] PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*: nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.23.
[8] SOARES, Ricardo Maurício Freire. Op., cit., p.74.
[9] Op., Cit., p.91.
[10] Op., Cit., p.102.
[11] Op., Cit., p.185-186.
[12] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.
[13] Ibid, p.68.
[14] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p.127.
[15] *Curso de direito constitucional*, 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p.150-151.
[16] A crise da modernidade jurídica oportuniza o surgimento de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, abrindo margem para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do direito, que costuma ser definido como pós-positivismo jurídico. O pós-positivismo jurídico, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, reintroduz as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p.208).
[17] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p.152.
[18] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009. p.39.
[19] Ibid., p.78-79.
[20] Ibid., p.124.
[21] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.
[22] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p.156-157.
[23] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008., p.392.
[24] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
[25] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.133.
[26] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.56.
[27] Op. cit., p.73.
[28] Conforme exposto por Dirley da Cunha Júnior em nota de rodapé nº 86, p. 226, de sua obra aqui já citada.
[29] O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao princípio da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui

atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.
[30] Op. cit., p.228.
[31] APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.176.
[32] ALEXY, Robert. *Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção*. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, vol. 18. Salvador: 2009.1, p.469.
[33] ÁVILA, Humberto. Op. cit., p.175.
[34] APPIO, Eduardo. Op. cit., p.183.
[35] MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.377.
[36] Controle jurisdicional da administração pública, 1. edição, Dialética, 1999, p.75-83.
[37] MEDEIROS, Fábio Andrade. *O princípio da proporcionalidade e a aplicação da multa do art. 461, do CPC*. Disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3627>. Acesso em 14.05.2010.
[38] Op. cit., p.176.
[39] Op. cit., p.387.
[40] Ibid, p.374.
[41] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 6ª reimpressão, p.40-41.
[42] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Publicação no DJ: 12 mai. 2000. Disponível em<www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.
[43] Op. cit., p.117.
[44] Ibid, p.117.
[45] Ibid, p.118.
[46] Op. cit., p.397.
[47] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, Julgamento 21 set. 1951. Publicação no DJ: 08 nov. 1951. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.
[48] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR, Rel. Min. Octávio Gallotti, Requerente: Confederação Nacional do Comércio, Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Julgamento em 01 jul. 1993. Publicação no DJ: 03 ago. 1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.
[49] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Recorrente: Banco Itaú S/A, recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Julgamento 03 dez. 2008. Publicação no DJ em: 05 jun. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jun. 2010.
[50] Op., Cit., p.97.
[51] Ibid, p.164.
[52] Ibid, p.164-165.
[53] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.150.
[54] Ibid, p.151
[55] Ibid, p.151.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção*. *In* Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, vol. 18. Salvador: 2009.1.

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.
ÁVILA, Humberto**.** *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil*: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. ver. e ampl. Ilhéus: Editus, 2008.
_____. *Acesso à justiça*: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
_____. *Temas atuais de direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.
BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea.* Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.
BARROS, Suzana de Vidal Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000.
BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Nova edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 6ª reimpressão.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional.* 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2010.
ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.
_____. *Interpretação e superinterpretação.* Tradução MF. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 1997.
GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: fundamentos de hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, volume I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. Sâo Paulo: Saraiva, 2008.
GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito***.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2002.
MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.
MEDEIROS, Fábio Andrade. *O princípio da proporcionalidade e a aplicação da multa do art. 461, do CPC*. Disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3627>. Acesso em 14.05.2010.
MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública.* 1. edição, Dialética, 1999.
PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
PALMER, Richard. *Hermenêutica.* Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.
PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2000.
RICOEUR, Paul. *O justo1: a justiça como regra moral e como instituição.* trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos*

direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. *Hermenêutica e interpretação jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2010.
STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.