ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

REGRAS, PRINCÍPIOS, VALORES E POSTULADOS PARA BEM APLICAR O DIREITO

RULES, PRINCIPLES, VALUES AND POSTULATES TO APPLY THE LAW PROPERLY

Mariana Candido Silva*
Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior**

RESUMO: A distinção entre regras, princípios, valores e postulados continua sendo uma incógnita para muitos operadores do Direito. Visando a trazer luz à questão, traçaremos a evolução do conceito de norma jurídica, trazendo o contraponto existente entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, com a ascensão e a queda deste último. Depois, procederemos à distinção entre texto e norma, interpretação dos fatos e do direito. Destacaremos as características e diferenças existentes entre regras e princípios. Discutiremos a existência de metanormas, e qual seria a natureza jurídica da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade. Por fim, discutiremos a diferenciação entre valores e princípios.
Palavras-chave: Regras. Princípios. Valores. Postulados.

ABSTRACT: The distinction between rules, principles, values and postulates remains a mystery to many operators of the law. Aiming at discussing the issue the evolution of the concept of rule of law will be shown, bringing the counterpoint between the natural law and legal positivism with the rise and fall of this last one. Then we will proceed to the distinction between text and standard interpretation of the facts and law. We will also highlight the characteristics and differences between rules and principles. We will discuss the existence of norms and what the legal nature of proportionality, fairness and equality would be like. Finally, we will discuss the distinction between values and principles.
Keywords: Rules. Principles. Values. Postulates.

* Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade Potiguar – UnP. Advogada.

** Especialista em Processo Civil e Processo Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e Universidade Potiguar – UnP. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Email: rosivaldotoscano@tjrn.gov.br.

1 DO JUSNATURALISMO AO JUSPOSITIVISMO

Caro leitor, comecemos com um exercício hipotético. Imaginemos que, no dia de amanhã, se iniciasse um terrível cataclismo. Um vírus transmissível pelo ar dizimasse, em poucos dias, quase toda a população do globo, restando, tão-somente, uma centena de pessoas geneticamente imunes. Não haveria mais os Estados nem os seus ordenamentos jurídicos. Diante dos sobreviventes, se apresentaria uma folha com as seguintes proposições: a) deve-se fazer o justo e abster-se do injusto; b) deve-se evitar o mal e praticar o bem; c) a cada um o que é seu; d) não faças aos outros o que não queiras que façam a ti. Perquiridos – o leitor há de concordar conosco – os sobreviventes acatariam as premissas acima, ainda que se discutisse o alcance de alguma palavra ou expressão. Isso é o Direito Natural. A existência de uma ordem jurídica suprapositiva, eterna e imutável. Resolvemos fazer tal exercício hipotético em razão de estarmos imersos em um paradigma positivista que não nos deixa dar conta de que, até o Século XVIII, o direito natural tinha precedência sobre o direito positivado, sendo aquele regra, e este exceção.[1]

2 DIREITO NATURAL – EVOLUÇÃO

Historicamente, o Direito conheceu três concepções básicas, a saber: a) a natureza; b) a lei divina; e c) a razão.

2.1 FUNDAMENTO NA NATUREZA

Na Ética a Nicômaco, Aristóteles já falava na *justiça natural* como sendo aquela que mantém em toda parte o mesmo efeito e que independe do fato de parecer boa ou não a alguém. Em contraponto, citava também a *justiça fundada na lei,* que seria aquela que, independentemente de origem, tem seus efeitos fundados na sanção veiculada pela norma legal, seu substrato. O autor distingue o

1 Para maiores detalhes sobre o tema, vide FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170-174. Em posição contrária, BOBBIO, Norberto, para quem, na Grécia antiga, o direito positivo prevalecia sobre o natural. Somente na idade média, com a Escolástica é que teria ocorrido uma inversão, passando a *lex naturalis* a prevalecer sobre o direito positivado, posto que fundada pela vontade de Deus (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico***:* lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pluguesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26-27).

direito natural do direito positivo, a que chamou de direito legal (monicondricano), pelo fato de o primeiro ter eficácia em toda parte, enquanto que o segundo a tem eficácia apenas nas comunidades políticas em que é posto.[2]

No Direito Romano, a distinção era entre o *jus gentium* e o *jus civilis*, que hoje correspondem à nossa dualidade entre o direito natural e o direito positivo. O *jus civilis* se limitava a um determinado povo, e o *jus gentium* não tinha limites. O *jus gentium* – que seria o direito natural – é posto pela razão natural, enquanto que o *jus civilis* é posto pelo povo, isto é, por uma entidade social criada pelos homens, palavras de NORBERTO BOBBIO.[3] Como outro traço distintivo, os direitos naturais seriam imutáveis, enquanto o direito positivo se transmudaria conforme os costumes se modificassem, ou uma nova lei adviesse[4].

2.2 FUNDAMENTO NA DIVINDADE

Durante a Idade Média e o período Escolástico, diferentemente do que ocorria na Grécia Antiga, o fundamento não era a natureza, mas sim o Criador. Havia uma lei divina que pressuporia toda ordem jurídica. São Tomaz de Aquino falava, nestes termos, na existência de quatro Direitos: *lex eaterna, lex naturalis, lex humana* e a *lex divina*. Aqui, nos interessam a lex naturalis, definida por ele como a participação da lei eterna na criação racional, e a *lex humana,* tida como expressão daquela.[5]

2.3 FUNDAMENTO NA RAZÃO HUMANA

Nos Séculos XVII e XVIII, sob o pálio de novos pensadores, como René Descartes, surge Hugo Grócio. Rejeitando a visão teocrática, para ele, "o direito natural é um ditame da justa razão destinada a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem". E acrescenta que "os atos relativamente aos quais existe

2 "A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido" (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2006. p. 117).

3 BOBBIO, 2006, p. 18.

4 Idem, p. 18.

5 Ibidem, p. 18.

um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos".[6]

3 O DIREITO POSITIVO

Curiosamente, o direito positivo nasceu e cresceu à sombra do jusnaturalismo, sendo que depois o suplantou. Outro dado interessante é que foi exatamente no momento em que atingiu seu ápice que a concepção de direitos naturais foi esgotada. Vejamos esses dois pontos.

Ainda no Século XVII, Thomas Hobbes enxergou as leis naturais prescrevendo-as como sendo ações boas em relação a um certo fim. O bem maior por elas protegido seria a vida, alcançável através da paz. Para se alcançar a paz, dizia ele, o homem precisa sair do estado de natureza e renunciar a alguns direitos, em prol da vida em sociedade – proporcionada pelo Estado. O Ente Estatal seria o meio mais eficiente de proteger o bem maior. Inferiu-se daí, que a lei natural seria o fundamento do direito estatal e do dever dos súditos de obedecer às leis positivadas.[7] Surge, daí, a concepção formalista do direito, assim nominada por Bobbio.[8]

Europa, fins do Século XVIII. A burguesia revoluciona a ordem até então estabelecida e assume o poder, sobre as bases históricas do Renascimento, das grandes navegações e do descobrimento das Américas. Com isso, os Estados se fortalecem, e o iluminismo – de idéias antropocêntricas e libertárias – ganha corpo, ferindo a visão teológica e a teoria política absolutista até então estabelecidas. Nesse palco, o direito natural de terceira geração, fundado na razão, é utilizado como uma das bandeiras para a superação da Igreja e da Monarquia, apregoando a classe que ascendia – a burguesia - a existência de um direito natural ao credo e a necessidade de se estabelecerem limitações ao Estado, em suas relações com o indivíduo. Os ideários do jusnaturalismo findaram consagrados em diversas Cartas, entre elas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776). O apogeu se deu com o movimento de codificação do Direito, que tem o Código Civil Francês de 1804

6 GRÓCIO, Hugo, apud BOBBIO, 2006, p. 20-21.

7 ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 36-37.

8 "Dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor".(BOBBIO, 2006, p. 131).

(Código de Napoleão) como seu maior expoente.

Já no Século XIX, os direitos naturais se haviam incorporado aos códigos, perdendo, assim, sua vez e voz no direito, passando a representar não mais o novo, mas ultrapassado-o ante o contexto que enfatizava a ciência – e não só a razão humana – como forma de explicar o Universo. E foi nesse panorama sócio-político-conômico que o positivismo jurídico encontrou guarida.

Segundo Norberto Bobbio, a expressão Positivismo Jurídico não derivou diretamente do positivismo filosófico. Não obstante alguns dos juspositivistas também fossem, filosoficamente, positivistas, a expressão adveio da locução Direito Positivo, em contraposição ao Direito Natural, e essa contraposição deriva, desde a antigüidade – da visão de justiça natural, isto é, das leis naturais que regem o universo, e da justiça positiva, leis que regulam a vida em sociedade. [9]

Do movimento decodificador acima citado, surgiu a Escola da Exegese, que pregava a irrelevância do direito natural em razão de não estar positivado. O Estado passou a ser visto como única fonte do direito. O que importava era a lei, e, na interpretação desta, a intenção do legislador. O Direito, assim, identificava-se com a norma legislada e o respeito à autoridade do legislador. Na França, a Escola da Exegese ganhou força em razão da desconfiança da nova classe dominante em relação à magistratura, cunhada ainda no *ancien regimen* da Monarquia. Daí a célebre frase de Montesquieu de que o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei.

Cresceu o objetivismo jurídico completo, como se possível fosse aplicar às chamadas "ciências do espírito" (ciências sociais) as regras das ciências naturais e da matemática. Assim como a natureza tem explicações científicas para tudo (lei da causa e efeito), e a matemática uma lógica interna inabalável, o Direito não tinha lacunas. A fé cega na razão (Iluminismo) invadiu o pensamento jurídico.

3.1 O NORMATIVISMO POSITIVISTA

O idealismo formalista atingiu seu ápice através da escola normativista do direito, capitaneada por Hans Kelsen para quem:

> Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas di-

9 BOBBIO, 2006, p. 15.

> rigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental [10].

Caro leitor, como se pode ver no pensamento kelseniano, separou-se o jurídico do político. E aquele não se *contaminava* com este.

E continua o autor, aproveitando para separar, em sua visão, Direito e valor:

> Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheias aos valores (*wertfreier*).[11]

Um outro expoente do positivismo, além de Bobbio e Kelsen, foi HERBERT HART. Sua obra mais conhecida, "O conceito de Direito", reflete o seguinte: o sistema jurídico é "uma união complexa de regras primárias e secundárias", sendo aquelas as regras que impõem um comportamento ou abstenção dele, e estas as que se dirigem a regulamentar a criação, modificação e extinção de regras comportamentais (regras primárias). Fala, ainda, em regra de reconhecimento, que nem norma é. Trata-se de um pressuposto fático (externo) e de aceitação (interno). Quando um tribunal aplica uma regra, reconhece-a como válida dentro do sistema. Isso não implica, porém, o reconhecimento de princípios, segundo a teoria potivista; Na análise do autor, admite-se a existência de uma "penumbra de dúvida" nas situações em que determinadas regras são aplicadas. Nestes casos, o juiz ou tribunal tem uma esfera de discricionariedade decisiva, mas que não pode ser usada de forma arbitrária: "ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador conscencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores".[12]

Essa é uma grande incoerência da idéia defendida pelo autor positivista. Se levarmos em conta que os princípios não deixam de ser um critério para se

10 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 01.
11 Idem, p. 89.
12 HART, HERBERT L. A. **O conceito de Direito.** Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 336.

aplicar o direito, eis que há uma delimitação lógico-linguística de seu significado, o positivismo passa à condição de contraditório ao não reconhecer a normatividade dos princípios, mas aceitando que o juiz, em situações não abarcadas por regras jurídicas, decida discricionariamente, segundo suas convicções pessoais. Isto significa *sem critérios*.

Críticas à parte, e voltando à descrição da teoria, em poucas palavras resumimos o positivismo jurídico em três proposições. São elas as seguintes: a) o direito é um conjunto de regras utilizado pela comunidade, por meio das qual o poder público punirá ou coagirá quem as violar. Não havendo possibilidade de intervenção do poder público, não haverá regra jurídica (por exemplo – uma regra moral – que não possui coercitividade); b) essas regras são a expressão do direito, e se algum caso não estiver amparado em qualquer dessas normas abstratamente previstas, não poderá ser objeto de aplicação do direito; c) dizer que alguém tem uma obrigação jurídica significa que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que o obriga a fazer ou se abster de fazer algo.[13]

3.2 POSITIVISMO E VALORES

O positivismo jurídico nega, nesse diapasão, a possibilidade de se operar com valores ou com normas abertas – que poderiam comprometer, segundo essa concepção, a segurança e a objetividade exigida na aplicação da lei. Dando as costas às necessidades sociais emergentes, abriu uma fenda pela qual regimes injustos, mas ancorados na lei, *dura lex sede lex*, vingaram. Um cinismo implícito invadiu a esfera do direito ocidental no primeiro quartel do Século XX. A lei se tornou instrumento de regimes totalitários, pois não se podiam questionar valores pela ótica jurídica. E esse direito asséptico serviu de instrumental para impedir o desvelamento da realidade social que o próprio Direito afirmava, em seu discurso, aperfeiçoar.

Mas essa racionalidade cega sofreu abalos, também. A primeira onda foi trazida pelo materialismo histórico de Marx, que mostrou a face oculta da ideologia[14], em todas as manifestações sociopolíticas e econômicas, e o entrelaçamento indissociável entre essas três esferas da vida humana. Assim, se o positivismo pre-

13 DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17-18.

14 Assumimos o conceito de ideologia como "*um termo depreciativo usado para descrever as idéias políticas de outros que se consideram falsas. Esse uso deriva do uso do termo por Marx para significar uma consciência falsa, compartilhada pelos membros de uma classe social particular*" (AUDI, Robert (dir). Dicionário de filosofia de Cambridge. Tradução João Paixão Neto et al. São Paulo: Paulus, 2006, p. 496).

tendeu ter um discurso de teoria, findou por se manifestar como uma ideologia.[15] A segunda onda foi trazida por Freud.[16] O homem, definitivamente, não é o dono da razão. Nem tudo é consciente. Sem que percebamos, somos comandados, muitas vezes, pelo inconsciente. Mesmo assim, já no limiar da primeira metade do Século XX, adveio a Segunda Grande Guerra, ocasionada por regimes *legais* que se aproveitaram do purismo jurídico para, sob o pálio de um discurso de força e de argumentos de autoridade, oprimir determinadas classes e/ou raças, difundir o totalitarismo e exterminar dezenas de milhões de vidas.[17] Das cinzas do *holocausto,* brotou um novo direito.[18]

Embora tenha tido o positivismo, inicialmente, a vantagem da segurança jurídica, sua pretensa *imparcialidade* e sua *cientificidade* foram, em muito, danosas. Interessante destacar as palavras de Eros Grau:

Os positivistas normativistas são, todos, olimpicamente, "cientistas"; e, enquanto tal, ignoram a realidade e o social; podem, até mesmo (!), ser dotados de sentimento de sociabilidade, mas, enquanto "cientistas", estão envolvidos com coisa distinta do direito, as normas jurídicas; como tal, põem-se a serviço da justificação de qualquer ordem, desde que válida; não importa que essa ordem seja iníqua, oprima o homem e a dignidade do homem; eles são "cientistas", técnicos, e se recusam a, enquanto "juristas", fazer política – estão tranqüilos, tantas vezes em que funcionam como justificadores da iniqüidade, porque são "cientistas". Seja por ignorância, seja por conveniência, sustentam a neutralidade da ciência [...]. Supõem que o cientista é destituído de consciência – os 'cientistas' são dotados de licença para matar [...].[19]

4 REFLEXÃO: PODE HAVER DIREITO SEM LEI OU SEM NORMA?

Começamos este texto com um fato hipotético. Continuemos com outro, concreto. Em 1889, um herdeiro testamentário assassinou seu avô para ficar com a herança. Foi condenado a anos de prisão, por isso. Duas outras herdeiras ingres-

15 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 26.
16 Idem, p. 7.
17 Ibdem, 26
18 Ibdem, p. 28.
19 GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

saram na justiça cível para discutir o direito do assassino à herança.[20] Venceram na primeira instância. A defesa do requerido, em grau de recurso, sustentou que a lei lhe conferia o direito à herança, já que não existia nenhum impeditivo legal prevendo uma situação como aquela, mesmo em face das circunstâncias e causas do assassinato. Em seu voto, o juiz Gray defendeu a "teoria da interpretação literal", segundo a qual a lei não pode interferir no contexto do seu uso ou na intenção de seu autor.[21] Um outro juiz da Corte de Nova Iorque – Earl - entendeu que, não obstante a ausência de uma norma legal sobre a questão, existe um princípio não-positivado de que *ninguém pode se beneficiar da própria torpeza*. Exceto o voto do juiz Gray, os demais magistrados acompanharam o voto do juiz Earl. Elmer, o assassino, acabou preso e sem direito à herança.

5 DO IMPÉRIO DA LEI PARA O IMPÉRIO DO DIREITO

Como visto acima, em muitos casos a mera aplicação da lei (uma regra) não consegue resolver a questão de uma forma justa. Pelo contrário. Fere o senso de justiça. Mas, como fazer? Violar a lei para realizar a justiça?

Antes de continuarmos, faz-se importante saber o que se entende por *norma jurídica*. Norma jurídica é toda expressão que confere direitos ou impõe obrigações, isto é, tem a função de dirigir comportamentos. São espécies do gênero norma jurídica, as *regras* e os *princípios*.

5.1 NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

Não é pacífica a distinção dos dois institutos acima. Há duas correntes. A primeira é a da *distinção fraca*. Sob tal enfoque, as regras e os princípios se distanciam apenas em razão de sua localização dentro do ordenamento jurídico. Segundo Riccardo Guastini, essa concepção parte da premissa de que os princípios são aquelas normas consideradas pelo legislador, pela doutrina, e/ou jurisprudência como fundamento de um conjunto de outras normas.[22] Já para Claus-Wilhelm Canaris, os princípios não são normas e, por isso, são incapazes de aplicação imediata, necessitando "ser normati-

20 Caso Riggs *versus* Palmer apud DWORKIN, 1978, p. 23.
21 ENGELMANN, 2001, p. 141-143.
22 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 187.

vamente consolidados ou 'normatizados'".[23] Assim, nega-se, aos princípios, qualquer poder de impor um comportamento. Seriam, muito aquém, meras pautas para aplicação das regras. Essa corrente se compatibiliza com o juspositivismo, relegando os princípios a uma alegoria jurídica de inspiração para o legislador, na feitura da norma, e do aplicador da regra.

Já a distinção forte tem como seus maiores expoentes Dworkin e Robert Alexy.

5.2 OS PRINCÍPIOS NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

É com casos paradigmáticos como o Riggs *versus* Palmer, acima relatado, que Ronald Dworkin inicia um ataque frontal ao positivismo jurídico. O autor divide a norma em duas espécies: regras e princípios. Entende os princípios como espécies de normas que não expressam diretamente a direção a ser tomada e qie se aplicam conforme uma dimensão de peso ou relevância – em caso de conflito – sendo o preponderante aplicado, ao contrário das regras, que são aplicadas disjuntivamente (na base do tudo-ou-nada).[24]

Assim, para Dworkin, há duas distinções básicas. A primeira é lógica. Segundo ele:

> Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.[25]

Isto quer dizer que, se duas regras entram em conflito, uma delas não será válida. Elas se aplicam na base do tudo ou nada, e a definição de qual a regra a ser aplicada não se encontra nela, mas sim no próprio sistema jurídico (hierarquia, especialidade ou posteridade da regra prevalecente).

De outro lado, em casos difíceis, nos quais não há regra para solucionar a

23 CANARIS, Claus-Wilhelm. *O* **pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 88-99.

24 DWORKIN, 1978, p. 23.

25 DWORKIN, 1978, p. 24. Tradução livre: "As regras são aplicáveis de uma maneira tudo-ou-nada. Se a situação estipulada na regra se der, então essa regra é válida, e neste caso a resposta fornecida precisa ser aceita, ou não, e neste caso não contribuiria em nada para a decisão".

questão ou, havendo, conflitam entre si, o juiz não pode decidir com base em sua discricionariedade, como queriam os positivistas (incluindo Kelsen), mas sim nos princípios. E estes funcionam de maneira diferente. Como foi visto, a eles, primeiramente, não se prevê uma conseqüência específica quando de sua aplicação, mas serão o fundamento para a decisão judicial em concreto que se tomar, seja ela qual for, especificamente.[26] E possuem uma dimensão de peso que as regras não possuem. Assim, quando dois princípios colidem, ambos são levados em consideração, como válidos, para se chegar ao preponderante, conforme o peso de cada um naquela situação.[27]

5.3 OS PRINCÍPIOS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy concorda com Dworkin em que tanto as regras quanto os princípios são *normas,* porque ambos dizem o que deve ser.[28] Porém, enquanto Dworkin afirma que os princípios são, no caso concreto, levados em conta apenas como razão que se inclina a uma ou outra direção, para ele os princípios

> Son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados po el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.[29]

Assim, os princípios, como mandados de otimização, se aplicariam da melhor maneira possível, ainda que em diferentes graus.

Já a diferença entre regra e princípio é qualitativa, e não de grau (maior ou menor generalidade).

26 Ibid., p. 26.
27 Ibid., p. 26-27.
28 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de estúdios constitucionales, 1997. p. 83.
29 "São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos" (Op. cit., p. 86).

A solução em um conflito de *regras* pode ser estabelecida de duas maneiras: a) declarando inválida uma das regras ou b) introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito.[30] Em se tratando de colisão de princípios, um tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa a invalidade do que foi desprezado. Acentua que o conflito de regras ocorre no âmbito da validez. Já o conflito de princípios – que pressupõe a validade de ambos – tem lugar mais além: na dimensão de peso.[31] E esse peso varia conforme a situação em concreto, podendo um princípio suplantar o outro, numa situação, e ser suplantado em outra. E tal mecanismo é ponderação. Concluindo: o conflito de regras se dá na dimensão da validade; o conflito de princípios se resolve com base no valor preponderante.[32]

Cabe alertar que ambos os institutos se complementam no sistema do Direito. *Os princípios,* porque – em razão de sua maior abertura – conferem uma plasticidade maior ao sistema jurídico e à Constituição, como *topos* normativo, facilitando-lhe a adaptação às mudanças sociais. Ademais, porque trazem forte carga valorativa, nutrem o ordenamento com conteúdos éticos – reconhecidamente, hoje, essenciais. Por outro lado, as *regras* asseguram maior segurança e estabilidade à ordem jurídica, principalmente em uma sociedade de riscos, onde o que é verdade hoje já não se garante mais amanhã, numa curva geométrica de aceleração dos acontecimentos. Princípios sem regras geram insegurança e incerteza. Regras sem princípios ocasionam um inaceitável engessamento diante da realidade social, sempre em inarredável mudança.[33]

5.4 QUEBRANDO O POSITIVISMO

No mesmo diapasão, Sandra Martinho Rodrigues, para quem "a jurisdicidade dos princípios é comprovada indiretamente mediante sua 'convocação como fundamentos normativo-jurídicos na realização do direito e a sua assimilação por ele através dessa realização' [...] Face ao exposto, podemos concluir, sumariamente, que nem o direito se limita à lei, nem a normativi-

30 Op. cit., p. 88.
31 *Ob. cit.* p. 89.
32 PEREIRA, Rejane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Renovar, 2006. p. 105.
33 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 66.

dade jurídica se esgota no conteúdo prescritivo das regras legais, podendo a lei ser fundamentada por princípios supralegais. Tudo isso indica a falência da concepção positiva do direito."[34]

É até lógico que a lei não pode prever todos os fatos pelos direito abarcados. O *formalismo positivista*, aliás, constitui uma patologia jurídica. Um caso de miopia em face do Direito, que distorce e limita a visão da realidade jurídica, permitindo-se que aparentes dilemas abissais (como o do exemplo dado por Dworkin) assombrem aqueles que se condicionaram a voltar os olhos somente para baixo, ao ler os artigos estritos da lei, e não ergueram a cabeça e nem focaram a vista para o horizonte: os valores, os princípios e o futuro.

E o constitucionalismo exerceu importante papel na contestação das premissas positivistas com a generalização do controle de constitucionalidade e o reconhecimento do caráter supremo da constituição. Como bem ensina Jane Reis Gonçalves Pereira,

> Não por acaso, a idéia de que princípios são normas começou a disseminar-se paralelamente ao abandono da tese de que nem todas as disposições constitucionais ostentam valor normativo, a qual negava eficácia jurídica e imperatividade justamente aos preceitos da Constituição que poderiam ser caracterizados como princípios. É legítimo, assim, estabelecer uma relação estreita entre a normatividade dos princípios e a aceitação generalizada da noção de que todas as disposições constitucionais veiculam normas jurídicas imperativas.

No Brasil não foi diferente. Desde a promulgação da Carta de 1988, vivenciamos três batalhas. A primeira foi para dar plena efetividade à normatividade constitucional, mormente no que tange aos direitos fundamentais. A segunda foi a antiga visão de que os direitos fundamentais necessitariam, em alguns casos, de regulamentação, para que fossem aplicados, não tendo o cidadão acesso direto. A viragem paradigmática foi no sentido de que não são os direitos fundamentais que necessitam ser regulamentados pela lei, mas sim, no sentido de que esta precisa se conformar àqueles. Portanto, os direitos fundamentais podem ser invocados, diretamente, pelo cidadão, inclusive com vistas a declarar

34 RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin:** uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005. p. 22.

a invalidade da lei incompatível com o direito fundamental contrário, uma vez que aquela pode ser um instrumento de opressão, também. A terceira batalha diz respeito ao fortalecimento do Poder Judiciário, com reflexos na sua atuação. O juiz se torna figura relevante no cenário constitucional, podando atos que tentem violar a seara constitucional[35].

René David, referindo-se aos princípios, afirma que "nenhum sistema pode passar sem esses corretivos (os princípios) ou sem essas fugas, sem as quais haveria o risco de produzir-se, entre o direito e a justiça, um divórcio inadmissível."[36]

O próprio Hart, em pós-escrito ao seu famoso *O Conceito de Direito*, reconheceu que falhara ao não ter melhor se debruçado sobre a existência e as delimitações dos princípios, e que a aceitação da existência de princípios como normas não é incompatível com a sua teoria.[37]

Em resumo, acabamos de quebrar o positivismo com o reconhecimento do caráter normativo e impositivo dos princípios jurídicos. Estamos no pós-positivismo. Mas as questões não param por aqui. Se não, vejamos.

6 HÁ METANORMAS?

Vivemos a *era dos princípios*. Acontece que, agora, precisamos saber se todos os chamados *princípios* assim o são. Já entendemos as normas em sua dupla expressão. Agora, perguntamos: há institutos que têm por finalidade cuidar da maneira com que são aplicados os princípios e as regras? Isto é, há metanormas/postulados[38] (que servem de instrumental para aplicação das normas: regras e princípios)?[39] E qual a natureza jurídica desses entes, em caso de seu reconhecimento?

Essa discussão se difundiu por todo o direito ocidental, incluindo até mesmo o anglo-saxão. Surgiram três posições. A primeira e a segunda são pelo

35 CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 385-393.

36 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 167.

37 HART, 2005, p. 328 e 329.

38 Usaremos essas duas expressões indistintamente, pois seus conceitos refletem o mesmo conteúdo: institutos que servem de critério para interpretação/aplicação do Direito. Em nossa doutrina, quem usa mais a expressão postulado é Eros Grau. Já metanorma é expressão dada por Humberto Ávila.

39 Utilizamos essa expressão tendo em vista a acepção do radical grego met(a): "[...] 'reflexão crítica sobre': metafonia, metamórfico, metacronismo, metapsíquico, metalinguagem". (HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1319).

não-reconhecimento de um plano instrumental. Seriam *princípios*, para uns, e *regras*, para outros. A terceira defende a natureza jurídica de *postulados* de interpretação/aplicação do direito.

São vários os institutos considerados metanormas, ou postulados: proporcionalidade, razoabilidade, igualdade, ponderação, concordância prática e proibição de excesso. Em razão da limitação do espaço, focar-nos-emos nos dois que consideramos principais – a proporcionalidade e a razoabilidade, até porque boa parte da doutrina e a maioria de jurisprudência ainda não entenderam a conceituação, funções e delimitações de cada um dos institutos. É comum a confusão entre proporcionalidade e razoabilidade, e a fundamentação das decisões com base nesses postulados como se normas primárias fossem.

7 TAIS INSTITUTOS SÃO PRINCÍPIOS?

Não são poucos os autores que conceituam como princípio o que não o é. Acreditamos que tenha sido por influência do positivismo que se tentou buscar uma cristalização positivada para os institutos que visavam a regular a aplicação/interpretação do direito, uma vez que, na concepção daquele paradigma, o Direito e a lei eram sinônimos. Porém, como adverte EROS GRAU e o próprio Ronald Dworkin, no caso Riggs *vs* Palmer – acima visto –, os princípios "não precisam ser positivados, visto que já se encontram integrados no sistema jurídico de que se trate, cumprindo ao intérprete exclusivamente descobri-los em cada caso."[40]

Como não era regra, pois não descrevia expressamente um comportamento, só poderia ser algo mais vago. Um princípio, portanto. Vamos tomar como parâmetro a *proporcionalidade*, que é o caso mais ocorrente e claro.

Há muitas e vastas obras sobre o tema, no exterior, e mesmo em terra *brasilis*, e todas partindo do paradigma errado, isto é, da proporcionalidade como princípio jurídico. E não foram poucos. E não foram os menos destacados que assim caminharam. Com efeito, PAULO BONAVIDES tenta encaixar o chamado princípio em um feixe de dispositivos constitucionais.[41] Mas o próprio autor questiona se não seria, na verdade, um "princípio de interpretação". WILLIS SANTIAGO GUERRA

40 GRAU, 2002, p. 161.

41 Abarcando o art. 5º, V, X e XXV; art. 7º, IV, V e XXI; art. 36, § 3º; art. 37, IX; art. 40, III, "c" e "d", V, e § 4º; art. 71, VIII; art. 84, parágrafo único; art. 129, II e IX; art. 170, *caput*; art. 173, §§ 3º, 4º e 5º; art. 174, § 1º e art. 175, IV, da Constituição Federal.

Filho também defende o caráter principiológico da proporcionalidade, e já deve ter escrito uma dezena de artigos sobre o tema, todos sob o mesmo paradigma.[42] Para ele, a proporcionalidade seria um princípio constitucional, apesar de admitir que as normas, todas elas, regras ou princípios, são relativos e que:

> Não há princípio ao qual se possa entender ser acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica, e até axiológica de postular um "princípio da proporcionalidade. [43]

Outro prestigiado autor a embarcar nessa nau é Luís Roberto Barroso. Além de usar como sinônimas razoabilidade e proporcionalidade, procura esforçadamente – ao longo de vinte e oito páginas – encontrar guarida no devido processo legal, com base no *due process of law* americano e em julgados da corte constitucional alemã, para, no final, sem reconhecer o óbvio, concluir que:

> O princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo.[44]

Em recente artigo (embora continuando a entender como sinônimas proporcionalidade e razoabilidade) cunhou a expressão "princípios instrumentais de interpretação constitucional" para os postulados, e ponderou que:

42 Só para exemplificar, vide GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-253; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu (org). **Hermenêutica plural.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 391-412; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255-270.

43 GUERRA FILHO, 2002, p. 395.

44 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218-246.

> O emprego do termo princípio, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo (...) consistem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas, que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.[45]

Kildare Gonçalves Carvalho igualmente, afirma que a proporcionalidade é um princípio vinculado ao devido processo legal, visando a "conter o arbítrio e viabilizar a moderação no exercício do poder."[46]

Para Suzana, a proporcionalidade advém do cânone do Estado de Direito e, inspirada por Konrad Hesse, da própria essência dos direitos fundamentais, como uma garantia especial, "traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes".[47]

Canotilho prefere falar em princípio da proibição de excesso, para oscilar na nomenclatura, chegando a denominar de *Standard* jurisprudencial.[48] Afirma que foi erigido a princípio constitucional, embora confesse que lhe é discutido o fundamento constitucional: para uns, derivado do princípio do Estado de Direito; para outros, oriundo dos direitos fundamentais. Por fim, diz que, na qualidade de *rule of razonableness,* influenciou o direito anglo-saxão.[49] Porém, argumenta a positivação da proporcionalidade com base numa passagem da Constituição Portuguesa, em que se regulamenta a decretação do estado de sítio.[50]

45 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 359.

46 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 231.

47 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 93.

48 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 268.

49 Idem, p. 267.

50 Diz o art. 19, § 4º da Constituição Portuguesa: "A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas, declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional".

8 TAIS INSTITUTOS SÃO REGRAS

Mas há vozes pela consideração da proporcionalidade como regra, também. Essa é a visão de Robert Alexy para quem:

> A máxima da proporcionalidade costuma ser chamada de "princípio da proporcionalidade". No entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui exposto. A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que umas vezes preponderem e outras não. O que mais se pergunta é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e se sua não satisfação tem como conseqüência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras.[51]

Rejane Reis Gonçalves Pereira acompanhando o jurista alemão, diz que a expressão princípio da proporcionalidade está consagrada pelo uso, mas que, efetivamente, princípio não o é, pois "a proporcionalidade é uma norma metodológica que exige aplicação integral e, portanto, pode ser qualificada como uma regra". [52]

Luís Virgílio Afonso da Silva também compartilha o entendimento de que a proporcionalidade não é princípio, senão que regra. E acentua que a utilização do termo princípio pode ser errônea, e com mais razão quando se adota o conceito, de Dworkin e Alexy, de regra e princípio como as formas diferentes de expressão da norma jurídica. Para o autor, a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito.[53]

9 TAIS INSTITUTOS SÃO POSTULADOS OU METANORMAS

O maior expoente deste pensamento é Humberto Ávila. Para ele, em

51 Op. cit., p. 112: "La máxima de proporcionalidad suele ser llamada 'principio de proporcionalidad'. Sin embargo, no se trata de um principio em el sentido aqui expuesto. La adequación, necesidad y proprocionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedência y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfaccion tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas".

52 PEREIRA, 2006, p. 323.

53 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 29, 2002.

interessante estudo,[54] regras e princípios são normas de primeiro grau, que visam a promover um estado de coisas. Compartilhamos-lhe, em muito, o pensamento, nesse tópico. E partimos de um ponto em comum. Há determinados entes que não se situam em qualquer das duas categorias, pois não visam a conferir direitos ou impor obrigações. Funcionam como ferramenta para aplicação das regras e dos princípios. Com efeito, os princípios são normas imediatamente finalísticas, visto que buscam um estado de coisas através de um comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas de comportamento. De outro lado, esses entes jurídicos, a que Ávila chama de *metanormas,* e outros de *postulados*[55], não descrevem direta ou indiretamente comportamentos, "mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, não se podem confundir princípios com postulados."[56] Seriam os postulados normas de segundo grau.

O Supremo Tribunal Federal, durante muitos anos, confundiu as expressões proporcionalidade e razoabilidade, reconhecendo em ambas, porém, o status de princípio. Contudo, vozes recentes, ante a revolucionária recomposição da Casa, entendem em caráter diferente. Paradigmático foi o voto do Ministro EROS GRAU na ADI, em que se declarou a constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa dos Consumidores às instituições financeiras. E disse o Ministro:

> Quanto à ofensa – na expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária", do § 2º do art. 3º do CDC – ao "princípio da razoabilidade", anoto desde logo que ela, tal qual a proporcionalidade, não constitui um princípio. Como observei em outra oportunidade, uma e outra, razoabilidade e proporcionalidade, são postulados normativos da interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos cânones da interpretação, que a nova hermenêutica despreza – e não princípios.[57]

54 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios***:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 122.

55 "Em geral uma proposição que se admite, ou se pede seja admitida, com o escopo de tornar possível uma demonstração ou um procedimento qualquer" (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p.751.

56 ÁVILA, 2006, p. 123.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2591/DF** Relator: Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 07/06/2006, DJ 29.09.2006, p. 31.

Em texto doutrinário, Eros Grau acentua que se tratam de "uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (= aplicação) de outras normas".[58] "Nada há de novo na proporcionalidade e na razoabilidade, postulados que desde há muito – e independentemente da formulação dessas duas noções – vem o Poder Judiciário exercitando na interpretação/aplicação do direito".

E como bem acentua Ávila, enquanto os princípios e regras são os objetos da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras, servindo de parâmetro às normas de primeiro grau, com critérios e medidas. Sempre há uma outra norma à frente das metanormas.

Como foi visto no momento de delineamento do conceito de princípio, este pode ser aplicado em vários graus, dependendo da situação fática em que haja conflito ou concorrência entre um ou mais destes institutos. Contudo, os postulados não se aplicam desta forma. Não são princípios, pois não são realizados em vários graus, mas em um só (a medida é ou não é proporcional ou razoável, por exemplo). Não são normas, porque não possuem uma hipótese e uma conseqüência, tampouco podem ser declarados inválidos em caso de colisão. Não se ponderam nem se declaram válidos ou não, pois são eles mesmos ferramentas com que se ponderam princípios e se aquilatam a invalidade de uma regra. Aliás, não são princípios. São meios. Meios de se aplicar o Direito.

E sua funcionalidade é diferente. Veja-se que não impõem a promoção de um fim (como os princípios). Estruturam a aplicação do dever de promover um fim. Não prescrevem comportamentos (como as regras). Estruturam a aplicação das regras que os fazem. Seu processo de aplicação não é o de subsunção,[59] como o das regras, em que se avalia apenas uma relação entre a hipótese normativa e os elementos de fato, para se chegar à norma de decisão. Verificam-se "vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual)"[60]

Aliás, não se podem aplicar as metanormas – v.g. a proporcionalidade ou a razoabilidade – como princípios, já que assim se estaria transformando o juiz em legislador, competindo-lhe criar uma norma que, ao alvedrio de qualquer princípio ou regra que o fundamentasse, fosse a mais "proporcional" ou "razoável" para aquele caso. Voltaríamos à visão positivista de discricionariedade judicial. Como bem adverte Ávila:

58 GRAU, 2002, p. 178-179.
59 DWORKIN, 1978, p. 24-25.
60 ÁVILA, 2006, p. 124.

> Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas.[61]

Infelizmente, nossa jurisprudência ainda não compreendeu a existência das normas de segundo grau, cometendo falhas facilmente demonstráveis. Portanto, quando o Supremo Tribunal Federal, invocando o "princípio da proporcionalidade", por exemplo, concedeu *habeas corpus* à paciente que fora algemada e exposta ao público desnecessariamente, uma vez que naquele momento não apresentava perigo de fugir ou ferir alguém, com base nos "princípios" da proporcionalidade e da razoabilidade, na verdade reconheceu – como o próprio voto da Ministra Cármen Lúcia destaca – que:

> A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um, e a ele deve ser garantido o conjunto dos direitos fundamentais.[62]

Desta forma, não houve violação direta da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, mas sim da dignidade humana e do direito à intimidade (art. 5º, III e X, da Constituição Federal).

10 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Interessante frisar a umbilicação existente entre a igualdade e a idéia de proporção em Aristóteles.[63] O justo é uma espécie de termo proporcional, uma igualdade de razões mediadas. Daí evoluiu o conceito de igualdade substancial. Sua idéia de justiça é a de que "o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a proporção".[64]

61 Idem, p. 122.
62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 89.429-1/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 22.08.2006, p. 14.
63 ARISTÓTELES, 2006, p. 109-110.
64 Idem, p. 110.

Na doutrina espanhola se discute o *status* da proporcionalidade. Duas posições se formaram: a) como princípio geral de direito que expressa um critério de interpretação dos direitos fundamentais; b) como limite dos limites aos direitos fundamentais.[65] Na primeira visão, seria um princípio muito amplo, que obrigaria o operador do direito a alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito.[66] A vantagem dessa concepção seria, sob um enfoque positivista, a maior facilidade de aceitação do instituto, uma vez que, nesse paradigma, se reconheceu a existência de princípios gerais de direito. Também seria uma ponte (ante o reconhecimento do instituto com princípio geral de direito) dada sua dimensão metodológica, pela inegável aplicação deste como ferramenta hermenêutica.

Em contraponto, a caracterização do instituto como princípio geral do direito, haja vista a fluidez de sua aplicação, enfraqueceria a proporcionalidade tal como aplicavelmente desejada. Seria categorizá-lo, como diz Pérez Luño, como uma manifestação de "mitologia jurídica", pois não seria catalogado não como norma, mas como fonte do direito (de conteúdo axiológico e não deontológico).[67]

A Constituição estabelece as condições materiais e formais que toda intervenção legislativa no âmbito dos direitos fundamentais deve cumprir, para ser admissível, e a proporcionalidade, como limite dos limites aos direitos fundamentais, visaria a aferir essa obediência.[68] Pulido procurou refutar essa tese, sob o argumento de que aquela concepção pode induzir a pensar que a proporcionalidade seria um cânone ou um parâmetro de controle da constitucionalidade capaz de operar desconectado do sistema dos direitos fundamentais sobre o qual incide. A proporcionalidade não poderia, segundo o autor espanhol, ser aplicada sem uma disposição jusfundamental que a sustentasse.[69] Contudo, entendemos errônea a posição do autor espanhol, como tentaremos fazer ver mais à frente. Tratemos, por ora, da sistematização do instituto.

65 PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 504.

66 Nessa corrente se encontram N. Gonzáles Cuellar Serrano, J. Barnes, J. I. López Gonzáles, Garcia de Enterría et al apud Pulido, 2005, p. 504-505.

67 PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. Los Principios Generales del Derecho*:* ¿ Un mito jurídico? **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, , v. 98, p. 19, 1997.

68 São partidários dessa posição M. Medina Guerrero, M. Bacigalupo e J. Barnés, para quem o *princípio* da proporcionalidade "está integrado por um conjunto de critérios ou ferramentas que permitem medir e sopesas a licitude de todo gênero de limites normativos das liberdades, assim como quaisquer interpretações ou aplicações da legalidade que restrinjam seu exercício" (tradução livre). BARNÉS, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar In: PULIDO. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 5, 1998, p. 35-36.

69 Idem, p. 527-528.

Em nosso direito constitucional contemporâneo, o postulado da proporcionalidade, que deve ser obedecido tanto por quem exerce quanto por quem se submete ao poder, tem por pressuposto: a) a existência de um ato normativo que afete um direito constitucional fundamental; b) uma relação entre os fins perseguidos e os meios utilizados nesse desiderato; c) uma situação de fato, conforme preleciona Paulo Bonavides.[70] No mesmo caminho, Humberto Ávila dispõe que a proporcionalidade constitui um postulado normativo-aplicativo que decorre do caráter principal das normas e da função distributiva do direito, "cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável".[71] Se não houver essa relação, não se está a falar da proporcionalidade.

Não obstante a idéia de proporcionalidade já remontasse a Aristóteles – como foi visto acima –, foi a jurisprudência alemã que a sistematizou em três máximas parciais, a saber:[72] a) adequação (*Geeignetheit*); b) necessidade (*Enforderlichkeit*) c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).

Adequação significa o meio apto a atingir o fim fomentado pela norma. Não se exige que este fim seja atingido, mas sim, perseguido. Essa é a posição de Humberto Ávila, que critica a formulação feita por Gilmar Mendes, atribuindo-lhe um erro de tradução do significado da expressão, uma vez que o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal fala em adequação como atingimento do fim.[73]

Necessidade quer dizer o meio menos oneroso aos bens ou valores constitucionalmente protegidos, dentre todos os meios possíveis. Verifica-se aqui um conteúdo comparativo entre as possibilidades de decisão.

Por fim, *proporcionalidade em sentido estrito* diz respeito a sacrificar o mínimo, visando a preservar o máximo de direitos, uma vez que nenhum direito constitucional pode, sob nenhuma circunstância, suprimir outro por inteiro. Assim, o grau de restrição de um direito fundamental deve justificar-sel em razão do fim perseguido.[74]

A utilização da proporcionalidade exige a ocorrência de uma relação de

70 BONAVIDES, 2004, p. 393.
71 ÁVILA, 2006, p. 149-150.
72 PEREIRA, 2006, p. 320-321 e 324 e ss.
73 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p.43.
74 BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 134-135.

pertinência axiológica entre um meio e um fim, dado que averigua exatamente a medida dessa relação.

11 O POSTULADO DA RAZOABILIDADE

Cabe agora distinguir proporcionalidade de razoabilidade. Com efeito, ainda paira em nossa jurisprudência uma névoa espessa.

Em nosso dia-a-dia utilizamos a palavra *razão* em muitos sentidos. Pode indicar certeza ("estou com a razão"), lucidez ("não perdi a razão"), motivo ("fiz isso em razão daquilo"). A palavra razão tem duas origens: o latim *ratio* e o grego *logos*, e em ambos tem o mesmo sentido: contar, reunir, juntar. E o que fazemos – reflete Marilena Chauí – "quando medimos, juntamos, separamos, contamos e calculamos? Pensamos de modo ordenado [...] Assim, na origem, a razão é a capacidade intelectual para pensar e exprimir-se correta e claramente, para pensar e dizer as coisas tais como são".[75]

A proporcionalidade e a razoabilidade não são sinônimas, embora tenham objetivos semelhantes. Suas origens são diferentes. Leciona Luís Virgílio Afonso Da Silva que a razoabilidade remonta a uma decisão jurisprudencial inglesa de 1948, nos seguintes parâmetros: se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade que agisse razoavelmente a tomaria, então pode a Corte intervir e reformar ou anular o ato.[76] Vê-se que a aplicação da razoabilidade é menos exigente que a proporcionalidade, que possui a tridimensionalidade adequação/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito. E a Corte Européia dos Direitos Humanos decidiu reiteradas vezes pela desproporcionalidade de uma medida, não obstante a razoabilidade dela.[77]

Mais uma vez, socorremo-nos de Humberto Ávila, que, ao descrever a hipótese de aplicação da razoabilidade, diz o seguinte:

> Há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstrativamente prevista implica a não realização substancial do bem jurídico

75 CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 62.
76 SILVA, 2002, p. 24
77 Idem, p. 30.

> correlato para determinado sujeito? Trata-se de um exame concreto individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual. [...] A razoabilidade determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão.

É importante salientar dois pontos na razoabilidade: a) deve-se verificar como paradigma o que ocorre no dia-a-dia, e não o extraordinário; b) devem-se considerar, além disso, as peculiaridades da situação em face da abstração e generalidade da norma. Verifica-se que os dois elementos acima culminam no entendimento de razoabilidade como antagônica à arbitrariedade e respeitando a justiça do caso concreto, isto é, a eqüidade. Assume-se, assim, um dever de consistência e coerência lógica. Humberto Ávila cita como exemplo o caso de uma pequena indústria de móveis que foi excluída da classe de empresa de pequeno porte, irrazoavelmente, por ter feito a importação de quatro pés de sofá, uma única vez, já que havia uma lei que excluía daquela classe as empresas que importassem produtos. [78]

Na razoabilidade, a relação é entre critério e medida. Na proporcionalidade, meio e fim. Consoante Wilson Antônio Steinmetz, na razoabilidade "objetiva-se verificar se a resultante da aplicação da norma geral (que é uma norma constitucionalmente válida) ao caso individual é razoável, não-arbitrária."[79]

12 DIFERENCIANDO PRINCÍPIOS E VALORES

Propositadamente, em várias passagens, utilizamos os termos princípio e valor intercaladamente, mas como sinônimos, na maioria das vezes através de citações ou remissões à doutrina. Em todo o caso, trazemos para este rápido estudo três enunciados que despertarão para a necessidade de distinção dos referidos institutos:

1º. Todos têm direito à moradia e à educação;

2º. A moradia é mais importante que a educação;

3º. João quer comprar uma casa.

78 ÁVILA, 2006, p. 142-143.

79 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 187

Daqui a pouco saberemos o porquê destas frases. Por ora, importa falar sobre *valores*, uma vez que os princípios têm forte conteúdo valorativo, e não é incomum a utilização das expressões como sinônimas. Realmente, à primeira vista, é difícil, em muitas situações, distinguir um do outro.

Alexy, citando a sistematização de Von Wright, [80] explica que existem três grupos de conceitos práticos: deontológicos,[81] axiológicos[82] e antropológicos.[83] Os deontológicos são mandados de proibição ou atribuição de um direito a alguém (um dever-ser). Os conceitos axiológicos se caracterizam não por expressar o que deve ser, mas sim o que é bom. Assim, utilizam-se os conceitos axiológicos quando se considera algo sob o prisma do belo, do democrático, do social ou do Estado de Direito, por exemplo. Já os conceitos antropológicos são os de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Sob esse enfoque se torna mais fácil distinguir os dois entes em apreço. O antropológico não interessa à nossa reflexão. Os princípios são ordens de um determinado tipo, mandados de otimização, pertencendo ao mundo deontológico. Já os valores constituem uma relação entre um ou vários critérios, estabelecendo, tão-somente, o preferível. Assim, o que é, no modelo dos valores, bom, é o no modelo dos princípios, devido. Portanto, o primeiro enunciado é deontológico; o segundo, axiológico; e o terceiro, antropológico.

À vista de JÜGEN HABERMAS, as normas possuem um sentido deontológico (que comportamento se deve adotar). Os valores, teleológico (o que melhor de se buscar) e axiológico (o que é bom). As normas, quando válidas, obrigam seus destinatários, sem exceção. Os valores devem ser vistos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Os valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas, podendo ser realizadas ou não. As normas são binárias, válidas ou inválidas que, em via geral, só aceitam

80 ALEXY, 1997, p. 139-146.

81 "Deontologia (do grego δέον, *dever* + λόγος, *tratado*) é um termo introduzido em 1834 por Jeremy Bentham para referir-se ao ramo da ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. É conhecida também sob o nome de *"Teoria do Dever"*. É um dos dois ramos principais da Ética Normativa, juntamente com a axiologia." Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Deontologia>. Acesso em: 02 mar.2007).

82 "Teoria do Valor. Também chamada de axiologia, é o ramo da filosofia que está preocupada com o valor e com quais tipos de coisas possuem valor. Construída amplamente, a teoria do valor se preocupa com todas as formas de valor, tais como os valores estéticos de beleza e de feiúra, os valores éticos de certo, errado, obrigação, virtude e vício, e os valores epistemológicos de justificativa e falta de justificativa" (AUDI, 2006, p. 931).

83 "Antropologia. Investigação filosófica relativa à natureza humana, partindo frequentemente da questão relativa àquilo que caracteriza geralmente os seres humanos em oposição a outras espécies de criaturas e de coisas" (Idem, p. 931).

uma resposta sim ou não, ou uma abstenção.[84]

Por fim, podemos concluir que, no Direito, os princípios podem conter valores; mas o inverso não ocorre, visto que os princípios possuem um *plus*, que é a dimensão prática do dever-ser, e é exatamente esta que se leva em consideração no estudo das normas jurídicas.

13 CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, podermos inferir que:

O juspositivismo nasceu e cresceu à sombra do jusnaturalismo, e depois o suplantou. O auge do positivismo ocorreu com o pensamento de Hans Kelsen (no chamado positivismo normativista), segundo o qual o jurídico deveria ser estudado separado da moral ou da política. E aquele não se *contaminava* com este. Esse discurso isolacionista não fez lume às necessidades sociais emergentes, e abriu uma fenda pela qual regimes injustos, mas ancorados na lei (como foram os casos do nazismo, do stalinismo e do fascismo), se estabeleceram. Após anos de guerra e milhões de vidas ceifadas, constatou-se que o Direito, embora não seja a moral, não pode se apartar de conceitos éticos.

Foi reconhecido, assim, o caráter deontológico dos princípios, isto é, foi-lhes conferido o *status* de espécie do gênero normas jurídicas, ao lado das regras; entendeu-se que nenhum sistema pode ficar sem esses corretivos (os princípios), sob pena de se produzir, entre o direito e a justiça, um divórcio inadmissível, como ocorrido no passado recente da primeira metade do Século XX.

Embora ainda incipientes, a doutrina e a jurisprudência vêm percebendo que há determinados institutos que não funcionam como regras ou princípios. Seu objeto não visa a regular comportamentos, mas sim estabelecer critérios e estruturar a aplicação das regras e princípios. Surgiu o conceito de metanormas ou postulados: proporcionalidade, razoabilidade, igualdade, ponderação, concordância prática e proibição de excesso.

A *proporcionalidade* foi sistematizada pela jurisprudência alemã, no início da segunda metade do Século XX, em três máximas parciais, a saber: a) adequação (*Geeignetheit*); b) necessidade (*Enforderlichkeit*) e c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*). A proporcionalidade averigua a relação de

84 HABERMAS, Jügen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 316-317. v.1.

causalidade entre um meio e um fim.

A *razoabilidade*, tal qual como a conhecemos atualmente, remonta a uma decisão jurisprudencial inglesa de 1948, nos seguintes parâmetros: se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhum raciocínio razoável a tomaria, então pode a Corte intervir. É importante salientar dois pontos na razoabilidade: i) o paradigma é o que ocorre no dia-a-dia, e não o extraordinário; ii) as peculiaridades da situação frente à abstração e generalidade da norma devem ser avaliadas. Deve-se enxergar a *razoabilidade* em antagonismo à *arbitrariedade*. Na diferenciação entre o que é razoável e o que é proporcional, o primeiro é a relação entre critério e medida, e o segundo, entre o meio e o fim perseguido.

Na diferenciação entre normas e valores, aquelas possuem um sentido deontológico. Os valores, teleológico e axiológico. As normas válidas obrigam seus destinatários. Os valores são preferências compartilhadas intersubjetivamente. Os valores expressam preferências dignamente desejáveis, realizadas ou não. As normas são binárias; só aceitam uma resposta sim ou não, ou uma abstenção.

Por fim, não podemos ter a pretensão de, num opúsculo como este, dar respostas a questões tão complexas e relevantes para o cenário do Direito, como as que envolvem regras, princípios, postulados e valores. Confessamos, humildemente, que apenas almejamos trazer à tona os aspectos mais relevantes desses institutos jurídicos, com o fim de levar o leitor à reflexão, instigando-o a buscar maiores explicações sobre os temas versados. Esperamos que este texto sirva-lhe como primeiro passo para uma jornada muito maior.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estúdios constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2006.

AUDI, Robert (dir). **Dicionário de filosofia de Cambridge**. Tradução de João Paixão Neto et al. São Paulo: Paulus, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARNÉS, Javier. El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 5, 1998, p. 35-36.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar,[S.d.].

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 327-378.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pluguesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2591/DF.** Relator: Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão: Min. Erros Grau, j. 07/06/2006, DJ 29.09.2006, p. 31.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 89.429-1/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 22.08.2006, p. 14.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-393.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEONTOLOGIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Deontologia>. Acesso em: 02 mar. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto**. Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: **Hermenêutica plural**. BOUCAULT, Carlos E. de Abreu (Org). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jügen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário** Aurélio da língua portuguesa. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

Pereira, Rejane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antônio-Enrique. Los Principios Generales del Derecho: ¿ Un mito jurídico? **Revista de Estudios Políticos,** Madrid, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, v. 98, p. 19, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.