

RAPHAEL MADEIRA ABAD

**A EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA
RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Vitória
2007

RAPHAEL MADEIRA ABAD

**A EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA
RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.

Vitória
2007

RAPHAEL MADEIRA ABAD

**A EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS DA
RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, ____ de _____ de 2007.

Para minhas duas Alices, avó e mãe, que com ternura me ensinaram a nunca desistir de um sonho e ao meu pai, que despertou e incentivou a minha paixão pela ciência e pela pesquisa.

Para Carlos, meu irmão querido e companheiro de tantas empreitadas, especialmente por assumir minhas atribuições quando precisei, e para Patrícia, irmã cuja generosidade me purifica a alma.

Para Pedro e para o novo sobrinho, representantes do futuro, razão maior da nossa luta pelo direito.

Finalmente, para Larissa, meu grande amor.

Inicialmente agradeço a Deus, que com sua perfeição ilumina cada uma de suas criaturas, colocando harmonicamente cada coisa em seu lugar, embora eu nem sempre saiba reconhecer.

Para a conclusão deste trabalho foi necessário suportar perdas, das quais destaco os momentos de convívio com os familiares e com os amigos que, como se diz, é a família que a gente escolhe.

Agradeço aos muitos que comigo dividiram o peso deste fardo, principalmente Bruno Dall'Orto, Neffa Junior e toda a equipe de Abad, Neffa e Marques Advogados, da qual me orgulho.

Não tenho palavras para agradecer aos fiéis amigos Renan Neiva, Jairo Maia Jr, Roberto Max Fabiano Ferreira e Henrique Fraga, bem como a Américo Bedê, pelo fraternal apoio.

Agradeço ainda aos colegas e professores da FDV, pelo incondicional apoio.

Finalmente, meu especial agradecimento ao Professor Carlos Henrique Bezerra Leite com quem sempre tive divertidos e proveitosos encontros.

LISTA DE SIGLAS

Abr.	Abril
Ago.	Agosto
Ampl.	Ampliada
Ampl.	Ampliada
Cf.	Conferir
Cit.	Citado
Dez.	Dezembro
DJ.	Diário da Justiça
Fev.	Fevereiro
Jan.	Janeiro
Jul.	Julho
Jun.	Junho
Mai.	Maió
Mar.	Março
Min.	Ministro
Nov.	Novembro
Op. Cit.	Obra citada
Out.	Outubro
P.	Página
Rel.	Relator
RJSTJ.	Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Set.	Setembro
SS.	Seguintes
Tj.	Tribunal de Justiça
U.S	United States Reports – Relatórios dos Estados Unidos da América do Norte
USA.	United States of América – Estados Unidos da América do Norte

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
1 A CRIAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS PELO INTÉRPRETE - EXPOSIÇÃO DA TEORIA CRIATIVA DA INTERPRETAÇÃO	18
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	18
1.2 ENUNCIÇÕES, ENUNCIADOS E PROPOSIÇÕES	18
1.2.1 O surgimento da norma pela atuação do emissor	19
1.2.2 As limitações da linguagem como limitações do direito	22
1.2.3 Os significantes, os significados e os suportes físicos	26
1.2.4 As espécies de signos	35
1.2.5 A interpretação dos signos	36
1.2.6 O suporte físico e segurança da interpretação	38
1.2.7 Veículo introdutor	40
1.3 DOS SIGNOS ÀS NORMAS	42
1.3.1 A compreensão dos signos e seus agrupamentos	43
1.3.2 O modelo de construção de sentido de Carvalho	45
1.3.3 A estrutura normativa jurídica completa e suas partes	53
1.3.4 Da proposição à norma	57
1.3.5 As normas enquanto produto da atividade intelectual do intérprete	62
1.3.6 O texto como ponto de partida da interpretação	69
2 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS	76
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	76
2.2 PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	78
2.2.1 Normas de conduta e normas de estrutura	78
2.2.2 Normas implícitas e explícitas	82
2.2.3 As regras e os princípios	88
2.2.4 Definição do conceito de princípios	96
2.2.5 A evolução da aplicação dos princípios na interpretação do direito	105
3 A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE	110
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	110

3.2	O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO	113
3.2.1	Antiguidade, iluminismo e Século IXX	113
3.2.2	Século XX	126
3.3	AFIRMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988	139
3.4	A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	169
3.5	DISTINÇÃO ENTRE A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE	174
3.6	A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE A PARTIR DOS ENUNCIADOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	180
3.7	IDÉIAS CONTRÁRIAS AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	188
4	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	192
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	192
4.2	A EXEGESE DOS ENUNCIADOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	193
4.3	A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIOS DE EXEGESE E DE CONTROLE DA ATIVIDADE EXEGÉTICA	200
	CONCLUSÕES	207
	REFERÊNCIAS	211

RESUMO

Este trabalho buscou avaliar a forma pela qual os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade atuam no sistema jurídico, servindo como limites à criação de normas, seja no plano dos enunciados ou no das normas propriamente ditas, assim entendidas como a significação instaurada no intelecto do intérprete ao realizar a atividade exegética. Especificamente, foi analisada a atuação de tais princípios quando da criação de normas e enunciados que tratam de direitos fundamentais. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, apesar de já terem sido utilizados empiricamente desde a antiguidade, passaram a merecer maior atenção pelo direito após a segunda metade do século XX, especialmente após as violações aos direitos fundamentais ocorridas na sua primeira metade. A partir de então vem sendo objeto de constantes estudos, por parte do executivo, do legislativo e do judiciário. No entanto, tais estudos não abrangem a forma com que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade atuam no sistema. Para tanto, houve a necessidade de definir os conceitos de norma, analisadas suas espécies, bem como a forma com que cada uma delas influencia na criação das demais. Também foi necessário conhecer os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, como não foram expressos no texto da Constituição, são interpretados a partir de outros enunciados constitucionais. Para tanto, foram analisados os enunciados a partir do qual é possível a compreensão de tais princípios. Para conhecer a atuação da razoabilidade e da proporcionalidade foi necessário conhecer a sua aplicação pelas cortes de justiça desde o século XIX, merecendo destaque a jurisprudência dos Estados Unidos da América do Norte, da Alemanha e do Brasil. Conhecidos os limites e possibilidades dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da forma com que tais normas atuam na criação das demais, foi necessário averiguar como eles agem no sistema, servindo como limite à expedição de enunciados irrazoáveis e desproporcionais, bem como à interpretação de qualquer enunciado de forma a violar tais direitos. Finalmente, foi necessário demonstrar a atuação de tal técnica como salvaguarda do crescente rol dos direitos fundamentais.

Palavras chave: razoabilidade, proporcionalidade, direitos fundamentais, normas jurídicas e interpretação do direito.

ABSTRACT

This thesis engaged in evaluating the way with the reasonability and proportionality principles act in the legal system, serving as limits to the creation of rules in the plan of the statements or of the rules properly said, as the meaning in the intellect of the interpreter. Specifically, the performance of such principles that deal with fundamental rights was analysed when the creation of rules and statements. The reasonability and proportionality principles, although empirically used since classic ages, begun to deserve more attention by the right after the second half of XX century, especially the transgression of the fundamental rights occurred in its first half. From now on it has been object of constant studies, on the part of the executive, the legislative and the judiciary. However, such studies do not reach the form with that the reasonability and proportionality principles act in the legal system. In such a way, it had the needs to define the rules concepts, analyzed its species, as well as the form which each one of them influences the creation of the others. Also it was necessary to know the reasonability and proportionality principles that, as they had not been expressed in the text of the Constitution, are interpreted from other constitutional statements. In such a way, the statements had been analyzed from the understanding of such principles. Knowing the performance of the reasonability and proportionality principles it was necessary to comprehend its application for the court of justice since XIX century, empathizing the jurisprudence of the United States, Germany and Brazil. Pursuant limits and possibilities of mentioned principles and how that such rules act in the creation of the others, it was necessary to inquire as they act in the system, serving as a limit of the expedition or reasonableness and disproportional statements, as well as the interpretation of any statement to violate such rights. Finally, it was necessary to demonstrate the performance of such technique as safeguards of the increasing roll of the fundamental rights.

Keywords: reasonability principle, proportionality principle, fundamental rights, rules and interpretation.

INTRODUÇÃO

O fim da segunda grande guerra mundial, em 1945, foi ambiente fértil para o florescimento da moderna teoria dos direitos fundamentais, que ganhou força em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tais direitos foram especialmente valorizados a partir da década de setenta do mesmo século, quando passaram a ser utilizados pelas cortes constitucionais de diversos países como critérios de julgamento. Tais decisões, por sua vez, influenciaram outros tribunais a adotarem a mesma linha de julgamento, bem como os constituintes de outros Estados, que passaram a inserir os princípios em suas Constituições, como foi o caso de Portugal (1976) e Espanha (1978). A evolução de tais direitos foi crescente, e a transição para o século XXI foi notadamente marcada pela sua extrema valorização, que atualmente ocupam lugar de destaque nas academias, cortes e assembléias.

Não obstante tratar-se de um subsistema científico recente, os direitos fundamentais têm sido utilizados de forma ampla pelos intérpretes da Constituição, muitas vezes de forma empírica e vacilante, vez que ainda carecem de aprofundamento teórico, plenamente justificável em razão de sua já mencionada modernidade.

Muito embora a moderna teoria dos direitos fundamentais ter surgido como forma de contraposição ao neopositivismo lógico desenvolvido da escola de Viena nas primeiras décadas do século XX, no sistema jurídico brasileiro tais teorias não se contrapõem, razão pela qual não há necessidade de se excluir uma em prol da outra, mas sim estudá-las de forma harmônica, eis que se completam de forma simbiótica.

Especial destaque merece o fato de haver sido justamente o neopositivismo que, nas ciências jurídicas, introduziu relevantes conceitos de lógica formal e semiótica, colaborando de forma inestimável para a compreensão dos direitos, especialmente os fundamentais que, em sua estrutura, revelam-se idênticos aos demais.

Também foram os expoentes do normativismo que desenvolveram importantes teorias acerca da interpretação das normas, com destaque para a sua função como método criativo ou constitutivo, e não meramente declaratório.

Dentre os direitos fundamentais, encontram-se a razoabilidade e a proporcionalidade que, muito embora tenham suas origens em período remoto, experimentaram grande desenvolvimento nas últimas décadas do século XX, razão pela qual é possível estudá-las isoladamente neste período. Tal evolução, contudo, a exemplo de outros direitos fundamentais, ocorreu de forma desordenada, com a ampla utilização de alguns deles sem o devido conhecimento teórico, acarretando excessos e casuísmos, que colaboraram para a heterogeneidade de sua aplicação, o que por sua vez resultou na insegurança quanto à sua utilização e alcance.

O tema da pesquisa é exatamente o direito fundamental a um tratamento razoável e proporcional na lei e perante a lei, especificamente a forma com que tal direito atua no sistema jurídico.

Apesar de ser vasto o rol de obras que já trataram do direito à razoabilidade e à proporcionalidade, muito pouco se falou como tais preceitos operam no sistema jurídico, balizando a atividade do criador do enunciado e do seu intérprete, ou seja, o criador da norma, seja ele o poder executivo, judiciário, ou mesmo legislativo.

Epistemologicamente foi excluída da pesquisa a definição do conceito de direitos fundamentais, uma vez que são interpretados de forma invariável, independente do critério utilizado para classificá-los. Também razões científicas os termos princípios direitos e garantias foram empregados como sinônimos.

A indagação ganha importância pelo fato de que tais direitos não se encontram, sob o ponto de vista lógico, positivados de forma explícita e expressa na Constituição de 1988, causando estranheza àqueles que, apegados a um exacerbado formalismo, condicionam a existência de um direito a um enunciado expresso que a ele corresponda.

Existe, portanto, na ciência do direito, um significativo problema a ser respondido, que assim pode ser enunciado: Como os direitos fundamentais à razoabilidade e à proporcionalidade atuam no sistema jurídico para garantir e proteger os demais direitos fundamentais? A compreensão deste método constitui o objetivo cardeal da pesquisa.

Para a solução do problema foi necessária abstração às posições dogmáticas que buscam esmiuçar o fenômeno com base em fundamentos apriorísticos e naturais, sem que possam ser explicados e justificados com zeloso critério científico. Assim, o problema encontra-se cronologicamente limitado à aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na atualidade do ordenamento jurídico brasileiro, capitaneado pela Constituição de 1988, seus princípios e fundamentos e especialmente suas cláusulas de abertura em relação aos novos direitos o que, por sua vez, perfaz a demarcação espacial da pesquisa. Também foi necessário solucionar alguns problemas acessórios, como a forma e o momento do surgimento das normas de direitos fundamentais, a extensão de tais direitos e, finalmente, a forma com que atuam.

A justificativa do tema e dos problemas reside na já mencionada ascendência da relevância teórica que os direitos fundamentais experimentaram no último quartel do século XX, tendência mantida nos primeiros anos do século XXI, incentivada pela globalização e conseqüente acesso a informações universais e instantâneas, que estimulam a consciência da homogeneidade humanidade, bem como a necessidade de se preservar o que a ela é essencial, ou seja, os direitos fundamentais.

Outra justificativa da pesquisa é o fato de que, dentre os já mencionados direitos fundamentais, à razoabilidade e à proporcionalidade recentemente têm sido atribuída especial importância, tanto no âmbito da doutrina, como na jurisprudência e legislação. É notoriamente expressivo o número de obras editadas nos últimos anos acerca dos vários aspectos que envolvem, ainda que indiretamente, a razoabilidade e proporcionalidade, o que é correspondido pelo aumento do número de arrestos que, embora geralmente carecedores de maior precisão técnica, não se acovardam ao enfrentamento do tema. Finalmente, o legislador não tem se mostrado alheio à razoabilidade e a proporcionalidade, merecendo destaque o aumento da importância

do assunto nas produções parlamentares, que constantemente vêm tratando do assunto, possibilitar a sua maior aplicação.

De fato, a razoabilidade e a proporcionalidade constituem eficaz forma de manutenção da unidade da Constituição, permitindo a sua constante atualização exegética, no sentido de preservar os direitos fundamentais, dentro das rígidas balizas dos enunciados.

Com o objetivo de solucionar o problema proposto foi necessário traçar e analisar as hipóteses abaixo mencionadas.

Inicialmente foi necessário buscar verificar a veracidade da Hipótese Primeira, seja ela a de que as normas jurídicas decorrem da atividade intelectual do aplicador no momento da interpretação dos enunciados prescritivos constantes dos corpos de linguagem. Isso possibilita que as normas sejam tratadas como produtos da exegese, e não apenas do legislador, o que as sujeita aos princípios, valores e ideologias daquele. Para a análise desta hipótese foi empregado o método dedutivo. Tomando-se por ponto de partida o fato de o direito ser composto de linguagem, foi preciso a forma pela qual a ela é compreendida e, dedutivamente afirmar que, enquanto linguagem, o deverá ser transmitido e interpretado conforme as regras desta.

Em seguida foi imperioso demonstrar a confirmação da Hipótese Segunda, qual seja a de que a ausência de explicitude na expressão da razoabilidade e da proporcionalidade na Constituição de 1988 não lhes retira a eficácia, permitindo que sejam empregadas independente de menção expressa. Para tanto foi utilizado o método indutivo, uma vez que, verificada a eventual existência de normas constitucionais eficazes, porém não expressas, induz-se que a razoabilidade e a proporcionalidade também podem ser consideradas eficazes, embora também não tenham sido redigidas no texto da Constituição.

Posteriormente foi demonstrada a confirmação da Hipótese Terceira, ou seja, que a razoabilidade e a proporcionalidade, apesar de não expressas no texto constitucional, são princípios jurídicos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Para isso foi utilizado o método indutivo, com o estudo de casos, onde foram selecionados todos os arestos expedidos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal por ele indexados como referentes aos assuntos “razoabilidade e proporcionalidade”, concomitantemente.

Finalmente foi possível demonstrar a confirmação da Hipótese Quarta, ou seja, a de que apesar de haver distinções entre a razoabilidade e a proporcionalidade, tais diferenças não são impedem que na presente pesquisa sejam estudadas conjuntamente.

Após a confirmação das hipóteses se fará necessária a análise de como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade atuam no sistema jurídico condicionando a criação de todas as demais normas.

Para tanto, inicialmente foi realizado estudo acerca da teoria criativa da interpretação da norma jurídica, com o fim de determinar como a razoabilidade e a proporcionalidade participam da criação e da constante delimitação das normas de direitos fundamentais, que embora sejam estáticas sob o ponto de vista do enunciado, apresentam-se extremamente dinâmicas no plano da significação.

A fim de elucidar tal tema, primeiro foi necessário tratar da gênese da norma jurídica a partir da enunciação, realizada por quem detém competência para tanto, seguida pela veiculação de seu enunciado por qualquer dos suportes físicos autorizados pelo sistema, formando aquilo que se denomina por corpo de linguagem, objeto de estudo do intérprete. Para uma fiel compreensão da atividade, ainda foi necessário conhecer o fenômeno da formação das significações (a partir da interpretação dos signos que formam as palavras) que, uma vez concatenadas, integram as frases e as orações, às quais, também por meio da exegese, é atribuído sentido prescritivo ou descritivo.

Para o desenvolvimento do trabalho foi necessário conhecer a teoria criativa da interpretação da norma jurídica, pela qual se admite que o surgimento das normas, com o seu sentido e limites, não se dá no momento da positivação de seu enunciado, mas quando da sua interpretação pelo exegeta. Isso significa que apesar

de o enunciado ser estático, é dinâmica a norma que a partir dele se cria, mutante de acordo com o tempo, o local e a ideologia do intérprete.

Segundo tal teoria, ao realizar a exegese dos enunciados, o intérprete não leva em consideração apenas os enunciados que dele participam diretamente, mas também todos os outros preceitos integrantes do sistema jurídico vigente em um determinado local e tempo. Dentre tais enunciados, prescritivos ou descritivos, encontram-se aqueles que estabelecem direitos e garantias fundamentais que, repita-se, devem ser empregados quando da determinação do sentido e do alcance de toda e qualquer norma.

No entanto, quando da análise de tal objeto, invariavelmente surge o questionamento acerca de quais seriam estes cânones de aplicação universal, cuja função seria direcionar a interpretação, e conseqüentemente a criação, de todas as demais normas.

A resposta pode ser encontrada nos princípios de direitos fundamentais que, dentre outras funções, servem para orientar a criação, (e a conseqüente interpretação criativa), de todas as demais normas constantes no sistema.

Por razões metodológicas foi excluída do presente estudo a pormenorizada análise da atividade exegética, que foi tratada de forma dogmática, apenas para demonstrar a base teórica eleita.

A fim de estabelecer recorte epistemológico condizente com a abrangência da pesquisa, foram selecionadas a razoabilidade e a proporcionalidade enquanto critérios que devem ser observados para a interpretação do sistema, principalmente o próprio sistema dos direitos fundamentais.

Entretanto, para o estudo da razoabilidade e da proporcionalidade como critérios de interpretação, foi necessário estabelecer a sua posição e função dentro do ordenamento jurídico, o que se dará com a sua classificação dentro da categoria normativa dos princípios jurídicos, com a refutação das outras classificações que as alocam em outros gêneros.

Neste ponto merecerá especial destaque a atuação da razoabilidade e da proporcionalidade como critérios que determinam e limitam a criação das demais normas jurídicas do sistema, traçando seus sentidos e alcance. Tal atividade, contudo, não é ilimitada, sendo demarcada pelas normas lógicas e de estrutura do próprio sistema jurídico, bem como do conteúdo irreduzível da linguagem.

Finalmente, a investigação tornará preciso o âmbito de atuação da razoabilidade e da proporcionalidade pelos órgãos que detêm a competência para controlar a interpretação de outras normas, especialmente a administração pública e o poder judiciário, merecendo especial ênfase no Supremo Tribunal Federal.

Antes da leitura do presente trabalho se faz necessária advertência de que nele são utilizados, de forma sincrética e harmônica, conceitos radicais da lógica apofântica, do neopositivismo lógico, bem como do pós-positivismo. A combinação de tais teorias, contudo, não transforma o método do estudo em dialético, eis que para tanto haveria a necessidade de serem destruídas, para a formação de uma nova. No caso ocorre fenômeno absolutamente diverso, qual seja a manutenção de ambas, que utilizadas naquilo que convergem.

1 A CRIAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS PELO INTÉRPRETE - EXPOSIÇÃO DA TEORIA CRIATIVA DA INTERPRETAÇÃO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Propedeuticamente, para tratar das normas jurídicas é imperativo distingui-las dos enunciados, das frases e das orações, o que se dá pela necessidade de balizar espécies diferentes, mas também pela utilidade que o conhecimento de tais conceitos terá para toda a pesquisa, mormente quando for tratada a questão da interpretação das normas jurídicas.

Também foi necessário distinguir as normas nas espécies regras e princípios. O objetivo do presente capítulo é estabelecer a distinção entre os enunciados, as proposições e as normas, bem como o papel da ampla interpretação do ordenamento na formação destas.

1.2 ENUNCIACÕES, ENUNCIADOS E PROPOSIÇÕES

A primeira questão que surge com o estudo de qualquer objeto é a sua gênese, tanto sob o ponto de vista lógico, como cronológico, que em outras palavras significa a necessidade da perquirição do instante e da forma de sua criação. Apesar da aparente simplicidade, o questionamento não possui resposta fácil, uma vez que não se admite que uma criação, física, histórica ou cultural possua, de forma intrínseca, um marco inicial exato e preciso para sua ocorrência, ou nascimento.

Inexistindo, na essência do próprio objeto, algo que determine o momento preciso de seu surgimento, é necessário que tal instante seja arbitrariamente estipulado por parte do cientista. Esta convenção, apesar de geralmente ser realizada com amparo em elementos que, de forma razoável, são relacionados com a resposta almejada, não deixa de ser arbitrária e pessoal.

Como foi demonstrado, o assunto é da mais alta complexidade filosófica, não sendo possível afirmar, por exemplo, sem o amparo de convenções, o momento do

nascimento de uma pessoa, uma vez que existem inúmeros marcos que poderiam ser utilizados para tanto. Com os objetos culturais a questão não é diversa, uma vez que sem arbitrários parâmetros não é possível precisar, por exemplo, o instante em que surge uma lei.

O direito, enquanto objeto cultural é indubitavelmente manifestado por meio de uma linguagem, geralmente (mas não obrigatoriamente escrita), cujo estudo chega a confundir-se com o exame desta, como leciona Vilanova¹.

Função importante desempenha a linguagem, pois que conhecimento é linguagem, ciência e sistema de símbolos, desdobram-se numa síntese própria: sem palavra que fixem simbolicamente a experiência de objetos, e convertam o saber fixado em saber dentro de uma comunidade de linguagem, e, por outra, sem o símbolo que isola, da concreteza da experiência, o abstrato que se repete indefinidamente – que vale como princípio da economia do conhecimento -, seria impossível o conhecimento, ou seja, a apreensão de dados dentro das estruturas de linguagem, cujo paradigma, para Aristóteles, era o enunciado apofântico.

Esta é a razão pela qual, para a compreensão do direito, há a absoluta necessidade do conhecimento das suas normas que, por sua vez, carece do entendimento dos enunciados, pois como leciona Gabriel Ivo: “O direito se manifesta por intermédio de uma linguagem. Estudar o direito, ou compreende-lo, é essencialmente penetrar nas entranhas da sua linguagem”². É, portanto, imprescindível que, antes de se adentrar no estudo do direito propriamente dito, sejam estabelecidas relevantes definições conceituais, tais como o de norma, enunciado e enunciação, por exemplo, bem como fixados paradigmas a partir dos quais foi possível conferir a almejada cientificidade ao trabalho.

1.2.1 O surgimento da norma pela atuação do emissor

O homem, na condição de um ser político, está fadado a construir e habitar a *pólis*³, realizando-se como cidadão, com a conseqüente necessidade de conviver com seus semelhantes. Desta convivência, surgem os conflitos de interesse, tornando

¹ Cf. VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. In VILANOVA, Lourival. **Estudos jurídicos e filosóficos**. . São Paulo: Ibet / Axis Mundi, 2003.

² IVO, Gabriel. **A Incidência da Norma Jurídica – O Cerco da Linguagem**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, vol. 4, outubro a dezembro de 2000, Rio de Janeiro: Editora Padma, p. 6.

³ TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 402 in: A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade.

necessário o estabelecimento de disciplina por meio do direito, como forma de assegurar bens como a ordem, a paz e, conseqüentemente o bem estar.

Tal disciplina é instituída por meio de normas, sejam elas estabelecidas pela religião, moral, ou mesmo pelo direito. Estas últimas decorrem do sistema jurídico, ora entendido como originário da natureza das coisas, ora como vontade de Deus, ou mesmo da competência que a sociedade atribui a alguns para a regência da coletividade.

Todas as normas, bem como todas as formas de regulação intersubjetiva de condutas dependem da existência de linguagem, pois ela é, ao mesmo tempo, a transmissão do conhecimento, e a sua própria materialização. Sem linguagem a idéia permaneceria encerrada no seu criador, resumida à relação intrasubjetiva e, portanto, impedida de ser transmitida.

Diante da impossibilidade de existência de um objeto independente da linguagem, Wittgenstein⁴ foi imortalizado pelo pensamento de que o limite do mundo com ela coincidiria, o que Guibourg afirma tratar-se de um sistema de símbolos imprescindível a qualquer processo comunicacional⁵, do mais rudimentar, materializado por elementares gestos e ranhuras em corpos sólidos, ao mais desenvolvido, realizado por meio de seqüências binárias de lampejos de luz concentrada, passando pela linguagem transmitida pela aposição de tinta em papel.

De fato, a linguagem é necessária à existência de qualquer objeto, seja ele real ou cultural, como é o caso do direito, teoria representada por Vilanova⁶ e Carvalho⁷, segundo os quais seria impossível ao direito regular qualquer conduta sem o seu apoio, seja no descritor ou no prescritor da norma.

⁴ “Os limites da minha linguagem significa os limites do meu mundo.” WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico** – investigações filosóficas. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 114.

⁵ GUIBOURG, Ricardo. Capítulo I de GUIBOURG, Ricardo, GUIGLIANI, Alejandro & GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993. p. 18.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 123.

⁷ Idem. **Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

Costa⁸ critica tal posicionamento afirmando a plena possibilidade da existência de fatos, ou mesmo da incidência da norma, independente do evento haver sido conhecido por alguém com capacidade de vertê-lo em linguagem. Para tanto, cita o exemplo de uma mulher que, com seu automóvel ultrapassa um sinal vermelho, mas tal conduta não é presenciada por nenhuma pessoa ou equipamento, o que em outras palavras significa que tal comportamento jamais poderá ser vertido em linguagem por uma autoridade competente.

Mesmo assim o professor alagoano entende que, no caso, houve a incidência da norma jurídica pois, “nada obstante não venha possivelmente, ou mesmo nunca, a ser aplicada nessa situação concreta. A incidência nada tem a ver com o conhecimento ou prova da ocorrência do fato jurídico.”⁹ Sinteticamente, enquanto para Carvalho não há fato e, conseqüentemente, incidência, sem linguagem, Costa entende que a incidência ocorre infalivelmente, independente dela:

... um adolescente apanha um ônibus, dá ao cobrador um passe-estudantil, passa pela roleta e seguem viagem até sua escola; [...] quando o estudante, do exemplo acima, entrega um passe estudantil ao cobrador do ônibus, está querendo ser levado a algum lugar e paga para isso: juridicamente, celebrou um contrato de transporte. A norma incide nesse complexo de fatos, qualifica-o de jurídico e irradia efeitos: direito de ser transportado e dever de transportar.¹⁰

Muito embora o argumento de Costa seja interessante e, portanto, credor de respeito, sua contraposição pode ser engenhada a partir do raciocínio de que o direito, muito embora socialmente regule condutas não vertidas em linguagem¹¹, só pode ser efetivamente aplicado a partir dela. Ainda que não obedecesse a norma expedida por um sinal luminoso e não parasse o seu veículo ao avistar o sinal vermelho, à hipotética condutora jamais poderia ser aplicada qualquer sanção jurídica sem que, sobre o evento, fosse traçada qualquer linguagem ou, em outras palavras, sem que nela fosse traduzido.

⁸ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29-30.

⁹ Ibidem. p.29-30.

¹⁰ Ibidem. p. 29-30.

¹¹ como a pessoa que cumpre a lei, ainda que ciente de que ninguém terá condição de aferir tal cumprimento, por exemplo, parando ao sinal vermelho, à noite, ainda que ciente da ausência de autoridade de trânsito.

As últimas décadas renderam um excelente exemplo do efeito da linguagem sobre a ciência, que é o caso da existência de Plutão enquanto planeta. O astro, que possui idade compatível com a do restante da galáxia foi descoberto pela ciência apenas em 1930, e prontamente integrado à categoria dos planetas. Isso significa que, muito embora o corpo celeste já existisse para a natureza há cerca de dez bilhões de anos, foi criado pela linguagem apenas na terceira década do século XX. Em 24 de agosto de 2006, a Assembléia Geral da União Astronômica Internacional aprovou uma nova definição de planeta, à qual não o corpo sideral não se acomoda, e excluiu Plutão do rol de planetas. O exemplo demonstra como, em menos de oitenta anos, a linguagem da ciência criou e destruiu um astro, enquanto, para a natureza, ele sempre existiu e certamente por muito mais tempo existirá. Em uma hipotética argüição ocorrida antes de 1930, erraria um astrônomo que afirmasse que Plutão era um planeta. No entanto, se tal prova ocorresse entre 1930 e 2006 a resposta seria correta e, a partir de então, novamente errada.

Os casos demonstram irrefutavelmente a teoria de que a linguagem é capaz de criar e destruir objetos, o que ocorre de forma semelhante com os fatos, que nascem quando os eventos nela são vertidos, pela atividade da autoridade para tanto competente. Enquanto regulador das relações interpessoais, o direito só existe onde houver sociedade, e conseqüentemente onde existir linguagem. Construído sobre a linguagem, o direito nela encontra as suas mesmas possibilidades e limitações, especialmente as ambigüidades e vagüidades que, na impossibilidade de serem erradicadas, devem ao menos ser controladas no discurso científico.

1.2.2 As limitações da linguagem como limitações do direito

Partindo dá já alegada premissa de que o direito é constituído por linguagem e, portanto, nela espelha suas principais virtudes e limitações, restam claros os fundamentos da assertiva de que o estudo do direito pressupõe o estudo da linguagem.

Discorrendo acerca das características da linguagem, Guibourg¹² confere destaque a dois fenômenos que merecem especial atenção por parte daqueles que a utilizam

¹² GUIBOURG, Ricardo A. Op. Cit. p. 47-49.

para o fim de determinar condutas a serem realizadas por terceiros, como é o caso do direito.

Inicialmente, merece evidência a ambigüidade ou polissemia, fenômeno caracterizado pela existência de dois ou mais sentidos (significados) para uma mesma sentença ou palavra (significante), o que é comum em qualquer linguagem, ocorrendo de forma mais freqüente na coloquial, ou natural, e mais raramente na técnica, onde sua existência é até condenável.

A ambigüidade impossibilita que o receptor ou intérprete possa extrair apenas um significado de um enunciado, permitindo que uma mensagem seja interpretada de mais de uma forma, sem que qualquer das exegeses seja censurável do ponto de vista lingüístico. A palavra lei, por exemplo, possui diversos significados, podendo denotar lei maior (Constituição), lei complementar, lei ordinária, lei formal, edital (a lei da licitação), um mandamento ético ou ainda religioso (lei de Deus), dentre outros.

Tal conceito é empregado por Canotilho, quando ressalta que a polissemia pode se dar tanto no âmbito de um mesmo nível de normas e linguagens, quanto entre normas e linguagens distintas, utilizando como exemplo a palavra democracia, que “... tem no plano constitucional uma intensão [sic] que muitas vezes não corresponde à intensão [sic] que lhe é dada na linguagem corrente.”¹³ Tal afirmativa demonstra o perigo de se utilizar, para a interpretação do direito, um código semântico vulgar pois, muito embora ambos sejam coincidentes na maioria dos casos, tal relação não é obrigatória. Salaria o professor de Coimbra que um conjunto significante polissêmico não é indeterminado, mas sim determinado, ainda que com um maior número de significados, porém previsíveis e, repita-se, determinados. Neste caso é delegada ao intérprete a tarefa de apreciar quais dos significados são juridicamente aceitáveis, e quais não, excluindo estes da interpretação.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra Limitada, 1994. p. 432.

Embora a ambigüidade surja na própria linguagem, Guibourg¹⁴ reconhece que ela pode ser ocasionada ou agravada pela negligência do emissor quando da construção do enunciado, no que diz respeito à falta de informações adicionais que poderiam limitar o seu significado, dificultando ou impossibilitando a atividade do receptor. Neste sentido lembra Torres que “o sucesso da interpretação depende do talento do intérprete e do legislador.”¹⁵

A ambigüidade, quando conscientemente empregada, pode ter utilidade como mecanismo de ampliação ou redução das possibilidades exegéticas, desde que todos os significados do significante sejam desejados pelo emissor, no caso o legislador. Com exceção dos raros casos que, diante de uma polissemia, qualquer dos significados possíveis de um significante satisfaz ao emissor, esta incerteza deve ser evitada a todo custo, tanto para que não seja prejudicada a interpretação dentro do próprio sistema, como para que a dúvida não influencie outros subsistemas, com a preservação da harmonia do discurso.

A vagüidade ou plurivocidade, por sua vez, é a imprecisão no significado (designação) de uma palavra que, como também ensina Guibourg¹⁶, é vaga na medida em que sua aplicabilidade é duvidosa, ou seja, possui fluida interpretação. Ao contrário da ambigüidade, que pode ser evitada pelo emissor por meio do esmero na elaboração do enunciado¹⁷, a vagüidade nem sempre pode ser esquivada, uma vez que diz respeito à própria essência do enunciado. A alguns significantes é atribuído um significado mais preciso, enquanto a outros é atribuído outro mais vago ou impreciso, resultando em um âmbito maior de discricionariedade, por parte do intérprete.

A vagüidade gera os conceitos jurídicos indeterminados, utilizados pelo legislador para abrir a textura dos enunciados, permitindo maior âmbito de atuação por parte do intérprete, naqueles específicos locais onde a flexibilização é desejada, ou necessária. De fato, o emissor possui papel deveras relevante na interpretação, pois a formulação do enunciado pode ser realizada de forma a possibilitar a ampliação ou

¹⁴ GUIBOURG, Ricardo A. Op. Cit. p. 49.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 286.

¹⁶ Ibidem p. 48.

¹⁷ Seja na escolha do significante, ou na sua contextualização.

redução das possibilidades exegéticas, tornando fluidos, flexíveis, rígidos ou até intransponíveis os limites de atuação do aplicador. A indeterminação, quando conscientemente controlada, é extremamente benéfica ao ordenamento, uma vez que o torna aberto às constantes atualizações tecnológicas, culturais e ideológicas, como bem afirma Barbosa Moreira:

... nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.¹⁸

De fato, a Constituição da República utiliza exaustivamente tais conceitos indeterminados sempre que deseja conferir abertura ao texto, possibilitando maior âmbito de interpretação, o que pode ser exemplificado pelos termos “possível”¹⁹, “relevância”²⁰ e “urgência”²¹, que possuem significado extremamente impreciso, devendo ser aclarados pelo intérprete a cada momento que realiza a interpretação. Algumas hipóteses, pela forma com que são redigidas, ilustram muito bem o discurso, eis que devem ser interpretadas conforme o local e o tempo na qual estiverem inseridas. A definição do conceito de objeto obsceno, por exemplo, é continuamente alterada no tempo, variando de acordo com a ideologia do intérprete, mutante no espaço, e variável conforme a cultura, ainda que em um mesmo local e tempo. Tal imprecisão é agravada tratando-se de um país como o Brasil, com território continental e incomensurável diversidade cultural.

Para a interpretação dos conceitos vagos, Canotilho²² destaca que podem ser consideradas três hipóteses, sejam elas os candidatos positivos, onde se pode afirmar com toda a segurança que o conceito é aplicável, os candidatos negativos, onde o conceito seguramente não é aplicável, e os candidatos neutros, onde há razoável dúvida quando à aplicação dos conceitos.

¹⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**, In: Temas de direito processual. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado 2007. Art. 58, parágrafos primeiro e quarto e Art. 145, parágrafo primeiro.

²⁰ Art. 50, parágrafo primeiro, art. 62, *caput*. Ibidem.

²¹ Art. 57, inciso II, Art. 62, *caput*, Art. 148, II e Art. 167, inciso III. Ibidem.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Op. Cit. p. 433.

Engisch entende que a indeterminação dos conceitos é uma questão de grau, reconhecendo que, no direito, são muito raros os casos de conceitos absolutamente determinados, como ocorre, por exemplo, quando o legislador trata de uma grandeza que pode ser expressa por um número como, por exemplo, unidades de tempo, tamanhos e distâncias²³. A exceção desses casos, reconhece que geralmente os conceitos jurídicos contém alguma dose de indeterminação, tanto quando envolvem questões naturais como escuridão, sossego noturno e perigo, por exemplo, como quando tratam de conceitos jurídicos em sentido estrito, como assassinato, ato administrativo e preço vil, também exemplificativamente.

Lembra Engisch²⁴, comi arrimo em Philipp Heck, que os conceitos indeterminados possuem um núcleo conceitual e uma região de penumbra, ou halo. No primeiro caso, há uma zona de certeza onde é possível ao intérprete conhecer, com alto grau de precisão, os fiambres do conceito. No entanto, no derradeiro, não é possível afirmar, com certeza, se um fato está, ou não, no âmbito de abrangência do conceito.

Os direitos fundamentais, especialmente, são repletos de enunciados terminologicamente imprecisos, como a justiça, dignidade da pessoa humana, duração razoável do processo, mínimo existencial, dentre outros.

1.2.3 Os significantes, os significados e os suportes físicos

As referidas imperfeições lingüísticas decorrem do já mencionado fato de que as palavras são símbolos formados pela união de letras, que também são símbolos (significantes) e, por mera convenção, são utilizados para representar coisas (significados). Entretanto, não raramente um mesmo significante pode ter mais de um significado, dificultando ou impossibilitando que o intérprete possa afirmar, com certeza, qual dos significados possíveis deve ser atribuído, naquele caso, àquele significante. Definitivamente, o significado não é intrínseco às palavras e aos objetos, mas a eles são atribuídos pelos sujeitos, por dedução ou por convenção.

²³ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208.

²⁴ Ibidem. p. 209

Esta multiplicidade de significantes para o mesmo significado gera a referida imprecisão lingüística denominada polissemia que, se não for devidamente controlada pelo emissor, quando do início do processo comunicacional, chega a impedir ao intérprete o conhecimento do verdadeiro conteúdo do enunciado expedido pelo emissor. Diante da pluralidade de significados para o mesmo significante, o receptor fica impedido ou impossibilitado de conhecer qual deles coincide com o idealizado pelo emissor, obstruindo a comunicação.

O risco de que ao receptor um significante possua significado diverso daquele que tinha para o transmissor corrompe a ciência e a univocidade do discurso, razão pela qual o texto técnico não tolera ambigüidades ou vagüidades descontroladas. Tal vício, no entanto, tem início na enunciação do enunciado pelo emissor, o que dirige a pesquisa ao momento da gênese da norma jurídica que, em se tratando da estipulação do momento do nascimento de um objeto, é matéria essencialmente controvertida, que deve ser tratada sob o recorte epistemológico proposto. Portanto, para determinar o momento do surgimento de qualquer objeto será sempre necessário o estabelecimento de um marco, o que torna o estudo arbitrário, porém condizente com os limites científicos.

Sem o referido balizamento, não seria errado afirmar que a gênese da norma jurídica se dá com o nascimento do próprio legislador, com a promulgação da Constituição na qual ela encontra âmbito de validade, ou ainda com o início da cultura do direito, embora tais posições sejam absolutamente incompatíveis com o conhecimento científico, mormente jurídico.

Moussalem²⁵ ilustra a dificuldade do assunto, exemplificando que, enquanto para o sociólogo o direito nasce do fato social, para o historiador surge das conquistas ao longo do tempo, para o psicólogo, da mente humana, e assim por diante, aproximando-se, inclusive, daquilo que Garcia Máynez²⁶ denomina fonte material,

²⁵ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000 p. 118.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8.ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 256 apud MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Op. Cit.* p. 124.

em posições corretas, porém cientificamente incompatíveis com a dogmática jurídica²⁷.

Conclusivamente, Moussalem afirma que a gênese das normas jurídicas está na atividade criativa daquele que possui competência para assim fazer, naquilo que denomina por fenômeno da enunciação²⁸ que, nas lições do Doutor, é a atividade intelectual, o próprio procedimento de criação, um acontecimento humano incognoscível que, embora exaura no tempo e no espaço²⁹, eventualmente deixa seus traços, bem como seu produto: o enunciado.

Para Moussalem³⁰, a enunciação é atividade, processo ou procedimento desempenhado por um humano com vias a produzir algo como, por exemplo um quadro, uma música ou um enunciado jurídico. De fato, admitindo-se a fonte do direito como a enunciação, na esteira do entendimento do professor, é possível afirmar que a gênese do direito coincide com a vontade do legislador que, segundo Kelsen, “dirigido à conduta de um outro”³¹, realiza o procedimento de enunciação, produzindo um enunciado, expresso por meio da linguagem e seus signos.

Em todos os casos exemplificados, a atividade humana (processo) se perde no tempo, dela sendo possível apenas conhecer o produto (enunciado) ou, em alguns casos, o relato ou o índice da enunciação (enunciação enunciada), realizada por quem a praticou ou por um terceiro:

Assim, um pintor que pinta um quadro deixa no produto (tela) as marcas da enunciação. A atividade de pintar o quadro desaparece no tempo, restando tão-só os fatos enunciativos. Da mesma forma, um músico que compõe uma obra deixa nela registrados determinados elementos que propiciam a reconstrução de sua atividade de produção. A atividade de compor (processo) dissipa-se no tempo, restando-nos unicamente a partitura (produto), pela qual reconstruímos os passos trilhados pelo compositor.³²

Tem-se por enunciação, portanto, o procedimento, e por enunciado, o seu produto. Exemplificativamente, o procedimento de se pintar o quadro é a enunciação,

²⁷ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000 p. 118 -119.

²⁸ Ibidem. p. 137, 150 e 156.

²⁹ Ibidem. p. 79.

³⁰ Ibidem. p. 78.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 41.

³² MOUSSALEM, Tárek Moysés. Op. Cit. p. 78.

enquanto o quadro pintado é o enunciado. Geralmente o enunciado corresponde ao que quis o intérprete com o procedimento da enunciação, embora isso não ocorra de forma invariável. Não são raros os casos em que um pintor quis exprimir uma árvore em suas pinceladas (enunciação), mas o produto da pintura (enunciado) não seja interpretado como tal pelos intérpretes. Tal dissociação foi imortalizada pela pena de Saint-Exupéry, quando o Pequeno Príncipe, mediante processo de enunciação, realizou o seu desenho número 1, seja ele o de uma jibóia digerindo um elefante (enunciado), mas que por todos era interpretado como um chapéu³³. Neste caso, como em muitos outros, a significação gerada no intelecto do intérprete pelo contato com o enunciado não correspondia àquele desejado pelo expeditor quando do ato de enunciação e conseqüentemente veiculação do enunciado.

Retornando às normas jurídicas e em termos menos rigorosos é possível afirmar que em um mesmo documento normativo (produto), são encontradas duas linguagens distintas: uma, que se refere à atividade produtora do mesmo, denominada veículo introdutor de normas, e outra, que perfaz os enunciados propriamente ditos lançados pelo veículo introdutor no sistema de direito positivo, como leciona Moussalem.³⁴

São igualmente comuns os casos que, para facilitar ou mesmo possibilitar a interpretação, é necessário exprimir, junto ao enunciado, algumas notas da enunciação. Bom exemplo disso são os textos ocasionalmente apostos junto a obras de arte onde são expressas as circunstâncias da sua produção. No caso hipotético do quadro poderia estar escrito: “O artista, em um momento de fúria, em largas e rápidas pinceladas, representou o jatobá sobre o qual passou sua infância”. Trata-se da enunciação enunciada, de autoria do emissor, ou terceiros que tiveram contato com a enunciação, com o objetivo de perpetuar, por meio de notas (enunciado), uma atividade efêmera (enunciação), com vias a facilitar ou possibilitar a interpretação por parte do receptor. “Em um documento normativo vislumbram-se diferentes espécies de enunciados: (i) a enunciação enunciada que é o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação e o (2) enunciado enunciado que é a seqüência enunciada desprovida de marcas de enunciação.

Resta ainda a atividade produtora dos enunciados não constantes no documento normativo que se esvai no tempo e no espaço, a qual denominamos enunciação. Essa que entendemos ser a fonte do direito.

[...]

Pois bem, a análise de um documento normativo leva-nos a identificar duas espécies de instâncias enunciativas: (1) a enunciação–enunciada, que nos remete às coordenadas de espaço e de tempo em que foi produzido o

³³ SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. **O pequeno príncipe**: com aquarelas do autor. 18. ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1975. p. 9-10.

³⁴ MOUSSELEM, Tárek Moisés. Op. Cit. p. 137.

documento bem como ao seu agente competente e o procedimento produtor do dito documento (atividade de enunciação) e (2) o enunciado-enunciado, que transparece nas disposições normativas propriamente ditas.

Muitas vezes, juntamente com o enunciado, o legislador faz explícitas menções aos fatores religiosos, morais, axiológicos, sociológicos e ideológicos que o inspiraram, que devem ser utilizados pelo intérprete como critério de exegese. O Preâmbulo da Constituição da República, por exemplo, muito embora não encerre qualquer mandamento deôntico, reflete os valores e ideais que inspiraram o Constituinte e, conseqüentemente devem ser empregados quando da sua interpretação. No caso, ao interpretar a Constituição, deve-se levar em conta a sua finalidade maior, ou seja, a maximização do exercício dos “... direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça ...”³⁵ que, segundo o próprio preâmbulo, são os valores supremos da sociedade por ela almejada.

Ao apreciar Ação Direta de Inconstitucionalidade que contestava o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, por não conter expressa menção a Deus, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria de Araújo³⁶ e de Miranda³⁷, para quem o preâmbulo da Constituição, apesar de ser parte integrante do seu texto e conter princípios relevantes para a sua interpretação³⁸, não cria direitos e deveres³⁹ e, por esta razão, não pode haver inconstitucionalidade por violação a ele⁴⁰. No entanto, na

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Preâmbulo.

³⁶ O autor reconhece o Preâmbulo como revelação dos valores e ideologias da Constituição, que devem ser utilizados como critério de interpretação para todo o texto. Cf. ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **O preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 e sua ideologia**. Senado Federal, Brasília, jul. 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_143/r143-01.PDF>. Acesso em: 24 mai. 2007.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. p. 237

³⁸ “... o que neles [preâmbulos] avulta é, essencialmente, a unidade que fazem com o articulado da Constituição, a qual, desde logo, confere relevância jurídica ao discurso político que aparentam ser.” Ibidem. p. 237.

³⁹ “O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional); e, do mesmo modo, não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto a se; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados na constituição.” Ibidem. p. 237.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. I – Normais centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo por que, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT 383-SP (RTJ 147/404). II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não

oportunidade, o Supremo Tribunal Federal também asseverou a importância, ainda que relativa, do Preâmbulo para a exegese de todo o texto constitucional da Constituição, uma vez que afirma ser ele o reflexo da posição ideológica do contribuinte.

O preâmbulo da Constituição é um bom exemplo de texto legal utilizado para evidenciar a enunciação, ou mais precisamente a ideologia de quem o redigiu, devendo ser levado em consideração quando da atividade hermenêutica, para dirigi-la e controlá-la.

No direito, não é possível à vítima ou ao agente reconstituir um crime, por exemplo, mas tão-somente descrever a forma pela qual cada um dos sujeitos compreendeu o fato. O crime em si esvaiu-se, restando apenas a memória dos que, por qualquer modo, presenciaram o fato, além da materialidade, se houver. Da mesma forma, ao historiador é impossível repetir os fatos historiados, sendo a ele possível só narrar, ainda que com grande precisão, os fatos dos quais tomou conhecimento, por qualquer dos seus órgãos sensoriais.

Com o produto da atividade legislativa, executiva ou judicial ocorre de forma semelhante, não sendo possível ao intérprete atingir a enunciação, mas apenas as suas notas (enunciação enunciada) ou o seu resultado (enunciado). Tais remissões são de grande valia para o intérprete, que com extrema freqüência precisa conhecer as circunstâncias da enunciação como, por exemplo, no caso do produto da atividade legislativa, o dia que ocorreu a votação (para saber o sistema legal vigente), quais ou quantos parlamentares estavam presentes, bem como outras circunstâncias nas quais ocorreu a referida enunciação, dados que serão empregados na interpretação, ou mesmo para a aferição da sua validade.

Por meio da análise da enunciação pode-se perquirir o que coloquialmente se denomina por espírito da lei, ou vontade do legislador. Isto porque pode ocorrer ao legislador desejar criar algo, mas fazer nascer coisa distinta daquilo que quis

produzir, sendo necessário ao intérprete remissão às circunstâncias nas quais foi expedido o enunciado.

Os enunciados são definidos por Carvalho como “matéria empírica gravada nos documentos dos fatos comunicacionais”⁴¹, pertencentes à “...plataforma da literalidade textual, suporte físico de significações”⁴². Em outras palavras, enunciado é aquilo com que o intérprete estabelece contato por meio de seus órgãos sensitivos, sendo utilizado como base para as significações que deles se extraem.

No entanto, a palavra enunciado possui dois significados. O primeiro deles é a forma expressional, ou a matéria empírica alhures mencionada, que em outras palavras significa apenas a positivação da enunciação de quem possuía competência para inovar no ordenamento, seja o enunciado enunciado ou a enunciação enunciada. O segundo significado da palavra enunciado, que não será utilizado neste momento, diz respeito ao sentido que é atribuído pelo intérprete à referida matéria, ou proposição.⁴³

O enunciado, entendido como o produto da enunciação (enunciado enunciado) ou as notas sobre a enunciação (enunciação enunciada) carece de materialização, que pode ocorrer de qualquer maneira que possa ser captada por meio de um suporte físico perceptível pelos órgãos sensoriais do intérprete.

Para que possa ser expedido, ou veiculado, é necessário que ao enunciado seja atribuído um veículo, a partir do qual terá início a atividade exegética do receptor. Geralmente os enunciados são perpetuados por suportes físicos perenes, para que constantemente possam ser consultados pelos eventuais receptores, ou intérpretes, nada obstando, contudo, que sejam veiculados por meios efêmeros, como o acender e apagar de luzes, os gestos e sons.

Atualmente ainda é possível que o suporte físico mais comum seja o papel, sobre o qual é aposta uma certa quantidade ordenada de tinta escura, que forma os signos, que por sua vez são agrupados em palavras que, segundo Gianella de Salama, são

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 115.

⁴² Ibidem. p. 115.

⁴³ Ibidem, p. 115.

objetos físicos que fazem referência a algo para um certo sujeito, denominado intérprete:

un signo es un objeto físico. Una bandera roja, un mapa, una nota musical sobre el pentagrama, una palabra escrita sobre un papel son ejemplos de signos.

La primera característica que tienen los signos es que hacen referencia a otra cosa: una bandera roja hace referencia a un peligro: un mapa, al lugar geográfico que representa: una nota musical, a un cierto sonido. A aquello a que el signo hace referencia se lo denomina designado.

La segunda característica que tienen los signos es que hacen referencia a algo para un cierto sujeto. El signo hace referencia a su designado siempre con relación a algún sujeto. A ese sujeto se lo denomina intérprete.⁴⁴

No suporte físico estão apostos os signos, que podem ser divididos em símbolos, ícones ou índices, compreensíveis àqueles que dominam o código empregado, previamente convencionado. Usualmente empregam-se os signos da espécie símbolos que, por sua vez, são as letras que, agrupadas entre si conforme as regras da semântica da língua portuguesa, formam as palavras.

O suporte físico tinta sobre o papel não é o único, o mais antigo, mais moderno, ou mais usual. Clássicos enunciados foram perpetuados por pedras, como o Código de Hamurabi, imortalizado por marcas cuneiformes sobre o diorito, e a lendária Lei Mosaica, ou Decálogo, composto pelos dez mandamentos traçados em tábuas, segundo a Bíblia, pelo próprio dedo de Deus para Moisés⁴⁵. Também não foi sobre papel, mas em pranchas de madeira que foi entalhada a Lei das Doze Tábuas de Roma, nada menos do que o primeiro documento legal escrito do direito romano, que inspirou o Código Napoleônico que por sua vez influenciou grande parte do direito ocidental, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916, que apesar de revogado em 2002, teve sua essência mantida na nova lei. Definitivamente, as mais remotas normas não tiveram por suporte físico o papel, em época em que ele já era largamente conhecido.

⁴⁴GIANELLA DE SALAMA, Alicia. Lógica simbólica In: MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. **Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas**. Buenos Aires: Biblos, 1994. p. 1. Um signo é um objeto físico. Uma bandeira vermelha, uma nota musical sobre o pentagrama, uma palavra escrita sobre um papel são exemplos de signos. A primeira característica que têm os signos é que fazem referência a outra coisa: uma bandeira vermelha faz referência a um perigo: um mapa, a um lugar geográfico que representa: uma nota musical, a um certo som. A aquilo a que o signo faz referência se denomina designado. A segunda característica que têm os signos é que fazem referência a algo para um certo sujeito. O signo faz referência ao seu designado sempre com relação a algum sujeito. A esse sujeito se denomina intérprete. "Tradução nossa." p. 1.

⁴⁵ Êxodos, 31: 18

Nada impede ainda que os enunciados sejam veiculados por luzes, bandeiras, fogo, artefatos eletrônicos, sinais de fumaça, ou até mesmo gestos, como é o caso das lâmpadas dos semáforos atualmente utilizados de forma extensa para controlar o trânsito das cidades, das bandeiras e lampejos de farol diuturnamente empregados na navegação, dos gestos convencionados dos agentes de trânsito e dos ressaltos que integram o código braile, utilizado pelos deficientes visuais para a comunicação.

O anexo II do Código Nacional de Trânsito⁴⁶ confere ao Agente a competência para expedir enunciados por meio de uma série de gestos e sinais sonoros em código de conhecimento obrigatório por parte de todos os condutores de veículos, cuja aferição se dá no exame para a expedição da carta de habilitação, e a cuja desobediência rende ensejo a sanções.

Ao contrário do que levemente pode-se pensar, a utilização do papel como suporte físico não representa a modernidade frente aos demais meios de veiculação de informações. Isto porque, da mesma forma que, no passado, o papel não era utilizado para muitos fins, atualmente incontáveis enunciados são veiculados por diversos meios como nas milimétricas unidades de cristal líquido que se ordenam para criar diminutos pontos luminosos dos modernos monitores que equipam os microcomputadores. A lei que regulamenta o pregão eletrônico⁴⁷, por exemplo, comina sanções àqueles que desobedecerem aos sinais eletrônicos enviados pelo pregoeiro pela rede mundial de computadores.

Após o longo caminho percorrido por aquele que, por meio da enunciação, expede enunciado, muitas vezes traçado sobre suportes físicos permanentes, surge um objeto tangível pelos sentidos humanos, denominado corpo de linguagem. Com a elaboração do corpo de linguagem o emissor (criador) dissocia-se permanentemente do enunciado (criatura), momento a partir do qual este passará a ser objeto de interpretação, naquilo que Carvalho denomina por “único e exclusivo dado objetivo

⁴⁶ BRASIL. Lei, nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. In: **Vade Mecum**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1757p.

⁴⁷ BRASIL. Lei, nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. In: **Vade Mecum**. Op. Cit.

para os integrantes da comunidade comunicacional”⁴⁸, como será verificado em instante próprio.

1.2.4 As espécies de signos

Diante do suporte físico, o intérprete encontra signos, gênero que abarca os símbolos, ícones e índices, que são tratados por Gianella de Salama⁴⁹ e Hospers⁵⁰ a partir dos lapidares estudos de Peirce⁵¹. Os símbolos são coisas que, por convenção, representam ou significam outras como, exemplificativamente, as letras e as notas musicais, que só podem ser compreendidas em razão do código, objeto cultural, eis que não são capazes de induzir, por si só, qualquer significado na mente humana.

Não há qualquer sentido para que um círculo represente a letra “O”, ou o número “zero” que, acompanhado de um pequeno traço, transforma-se na letra “Q”, e assim por diante. De igual forma, apenas a convenção é capaz de justificar o conjunto de pontos que integra o alfabeto do Código Braille, ou os pontos e traços, lampejos curtos ou longos de que é composto o Código Morse, bem como os gestos de mãos dos surdos-mudos, sem falar na representação gráfica das notas musicais.

Convencionais, os símbolos possuem extrema utilidade, eis que são significantes simples e muitas vezes isolados, que podem conter uma complexa significação, como é o caso, no conjunto dos sinais de trânsito, do triângulo equilátero com um de seus vértices voltados para baixo. Tal símbolo, embora nada signifique para grande parcela da população mundial, na linguagem de trânsito é associado ao enunciado “é obrigatório que se dê a preferência a outro veículo que eventualmente se encontre na pista”. Face aos exemplos mencionados, é despicienda a explicação da grande utilidade dos símbolos únicos para a comunicação.

Os ícones, por sua vez, guardam semelhança com o objeto que representam, podendo estar em três níveis, sejam eles a imagem, que guarda aparência visual

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 114.

⁴⁹ GIANELLA DE SALAMA. Alicia. Op. Cit. p. 2.

⁵⁰ HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. 2.ed. Tradução de Júlio César Armeno San José. Madri: Alianza Universidad Textos 1984 apud MOUSSALEM, Tárek Moisés. Op. Cit. p. 26.

⁵¹ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva. 3. ed. 2000. p. 63.

com o objeto, o diagrama, que com ele possui semelhanças estruturais e a metáfora, que espelha algum de seus aspectos primordiais. São os casos, ainda nos sinais de trânsito, das placas com o desenho de um animal silvestre, significando a existência de tais espécies no trajeto, das setas representando o caminho do retorno e a árvore inclinada, que indica a existência de ventos, respectivamente.

Entre os símbolos também estão os índices, ou signos naturais, que operam pela conexão de contigüidade de fato entre dois elementos como, por exemplo, a caveira que representa o perigo de vida. Na verdade, uma caveira nada tem a ver com o perigo, mas leva o intérprete a associar o local à morte que, conseqüentemente, reduz o homem ao seu esqueleto.

1.2.5 A interpretação dos signos

É com os signos que o intérprete estabelece contato quando se depara com o suporte físico. Dos signos também denominados significantes atômicos ele busca todos os seus significados para, mediante processo de interpretação, eleger os possíveis, diante da concreta situação. Tanto maior será a compreensão do signo quanto maior for o conhecimento do receptor acerca do código utilizado pelo emissor.

Para os que não conhecem os hieróglifos, por exemplo, estes não significam mais que pinturas ou obras de arte, que muito embora assim possam ser interpretadas, não a serão enquanto linguagem. Neste caso não haverá processo comunicativo, desejado pelo emissor, eis que o receptor não conhece o código por ele empregado, o que frustra a atividade comunicativa. Foi exatamente o que ocorreu com a civilização moderna até 1799, quando da localização da Pedra de Roseta, que possibilitou a Champollion⁵² compreender e divulgar os signos egípcios como unidades que, além de conteúdo comunicativo artístico, continham complexa significação comunicativa prescritiva e descritiva, formando frases repletas de sentidos.

⁵² A pedra de Roseta foi localizada nas proximidades da cidade Egípcia de Roseta (Raschid), pelo exército de Napoleão, e continha inscrições similares nos três principais tipos de escrita utilizadas em 196 a.c., sejam elas o hieroglífico, hierático e demótico, possibilitando ao jovem professor Jean-François Champollion decifrar o hieroglífico, que ainda se encontrava desconhecido.

O mesmo acontece, por exemplo, com aqueles que desconhecem os gestos utilizados pelos surdos-mudos, com os que ignoram os signos que regem a navegação, ou os pontos do Braille. Finalmente, temos os silvos dos agentes de trânsito, signos que possuem significado preciso para os condutores de veículos, mas que nada significam para aqueles que ignoram o código.

Este é o início da interpretação, que ocorre com a relação do intérprete com os signos pelos quais o emissor expressa os seus enunciados. Tanto melhor será a comunicação como mais divulgado entre a comunidade dos intérpretes for o uso do símbolo, bem como a própria aptidão para emitir e receber a linguagem. ,

Não obstante haver sido demonstrado que a presente teoria da interpretação é válida para todo e qualquer significante, por razões epistemológicas será utilizada como referência a linguagem escrita, por letras, muito embora com o intuito de enrobustecer as afirmativas possam eventualmente ser utilizados exemplos de significantes de outras espécies.

Maximiliano⁵³ resume de forma poética a Teoria da Projeção formulada por Carlos Jorge Wurzel⁵⁴, pela qual os conceitos não deveriam ser expressos por formas geométricas, ou símbolos, mas por fotografias, imagens ou pinturas. Segundo ele, as fotografias, assim como os conceitos, caracterizam-se por possuírem um núcleo evidente, que o seu produtor colocou em foco, seguido por linhas exteriores gradualmente evanescentes, mas que também fazem parte do objeto de estudo. Em ambos os casos é impossível precisar o limite ou a zona de transição entre a imagem central, precípua, determinada, e a periferia, onde as idéias são menos nítidas, e as idéias apreendidas apenas por um observador atento, experimentado e arguto.

⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 15.

⁵⁴ WURZEL, Carlos Jorge. Das juristische denken, in: Oesterreichisches Zentralblatt. Viena.vol. . 21, p. 762-767 e 948-951., apud Ibidem. p. 15.

1.2.6 O suporte físico e segurança da interpretação

Independente de qual suporte físico eleito pelo emissor para veicular o enunciado, será sempre imprescindível a atividade de interpretação, uma vez que não há um suporte físico ou uma espécie de signo cuja exegese seja mais ou menos segura. Sobre este aspecto é relevante lembrar que, ao contrário do que leva a crer o senso comum, as palavras apostas sobre o suporte físico da tinta sobre o papel não conferem ao intérprete maior grau de segurança do que um sinal sonoro ou luminoso, como uma buzina ou um semáforo. Isto porque não é possível afirmar que uma placa onde fosse escrito “único sentido de tráfego permitido” teria interpretação mais ou menos segura do que o mesmo estandarte com uma seta apontada para cima, adotada pelo Código Nacional de Trânsito.⁵⁵

Trata-se simplesmente de uma questão de compreensão de códigos pré convencionados, sua complexidade e sua abrangência, razão pela qual é perfeitamente possível que um viajante ignorante da língua portuguesa conduza automóveis no Brasil, com a plena compreensão dos sinais de trânsito, bem como que um marinheiro estrangeiro monoglota seja capaz de adentrar em qualquer porto do mundo, utilizando apenas os signos que compõem os códigos internacionais de navegação. De forma inversa, pode acontecer que um brasileiro, que domine com precisão a língua portuguesa, seja incapaz de compreender a mensagem emitida por outro brasileiro, igualmente conhecedor do vernáculo, mas que se comunique por meio do código dos surdos-mudos ou em braile. Nesses casos falta aos sujeitos do processo comunicacional o conhecimento do código ou, em outras palavras, a capacidade de extrair informações a partir de um determinado suporte físico. Para uma pessoa ignorante dos signos náuticos, uma bóia preta e branca significa tão-somente uma bóia preta e branca, enquanto para um marinheiro aquilo é o símbolo de um perigo submerso, do qual deve afastar a sua embarcação, sob risco de soçobrar.

⁵⁵ Tomando por exemplo uma placa onde esteja escrito “proibido fumar em locais fechados”, a pessoa que está sob um toldo ou de uma marquise jamais saberá, com certeza, se este é considerado um local fechado, assim como não estará certa sobre a proibição do acendimento de um incenso em um cinema. Isto porque, apesar da norma não proibir o incenso, este incomoda tanto quanto um cigarro. Por outro lado, há casos em que enunciados expressos em símbolos visuais, luminosos ou sonoros possuem maior objetividade e, portanto menos vagüidade, do que as palavras.

Muitas vezes o legislador elege um código específico para cada caso, levando-se em consideração a característica da comunicação. No trânsito, por exemplo, é necessária maior facilidade na interpretação dos signos, razão pela qual devem ser eleitos ícones, símbolos e índice de traçado simples, enquanto nos textos do direito positivo é permitida a construção de frases utilizando as letras do alfabeto (símbolos), que serão tratadas oportunamente.

Em síntese, para o aperfeiçoamento da comunicação não basta que o emissor do enunciado expresse seu ato de vontade prescrevendo uma conduta devida, mas também é relevante que o receptor compreenda a conduta que aquele quis expressar⁵⁶. Assim, é necessário que tanto o emissor do enunciado quanto o receptor tenham ciência do código de linguagem empregado, sendo capazes de expedir enunciados, interpretá-los ou ambos, dependendo da função que exercem no sistema, vez que nem todos os códigos são exigidos da totalidade das pessoas. Tratando do prévio conhecimento do código para a compreensão dos enunciados, Kelsen afirma:

Alguém me dirige várias palavras num idioma desconhecido para mim: Eu ouço bem as palavras, mas não entendo seu significado e, por conseguinte, também não o sentido que o outro exprime com o que diz. Eu não sei se o que ele diz é um enunciado, uma indagação ou uma ordem.⁵⁷

A Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁸ determina em seu artigo 3º, a obrigatoriedade do conhecimento da legislação. Já a compreensão de alguns detalhes da legislação pertinente à condução de veículos automotores, embarcações e aeronaves somente é exigido daqueles que os conduzem.

É de se concluir que a legislação presume que todos, inclusive os analfabetos, tenham o conhecimento da língua portuguesa suficiente para decifrar os enunciados expedidos pelas autoridades brasileiras. Da mesma forma presume que todos aqueles habilitados a certas funções (como a condução de automóveis, embarcações e aeronaves) possuam capacidade de interpretar os códigos por meio

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Op. Cit. p. 41.

⁵⁷ Ibidem p. 45.

⁵⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 4657/42 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. In: **Vade Mecum**. Op. Cit.

dos quais são expressos os enunciados referentes a tais atividades, sejam eles veiculados por qualquer dos meios que a lei prevê para tanto, sejam placas, bandeiras, apitos, gestos, luzes e bóias, por exemplo.

1.2.7 Veículo introdutor

Para o estabelecimento de um enunciado jurídico no qual se pretende obediência, não basta sua veiculação por um determinado suporte físico, sendo também necessário que o emissor esteja autorizado pelo sistema jurídico, assim como a forma da veiculação do enunciado seja realizada em atenção aos seus preceitos.

Em tese, qualquer pessoa pode, por meio da enunciação, criar enunciados, inclusive aqueles que prescrevem condutas, denominados lei em sentido material ou norma em sentido amplo. Ocorre que o sistema jurídico estabelece quais pessoas, ou entes, possuem competência para veicular determinados enunciados, ou melhor, estabelece o direito de que apenas os enunciados inseridos no sistema por determinados veículos introdutores serão compulsórios para determinadas classes, em certas situações.

Isto porque, para que o enunciado seja válido, é necessário que ele ingresse no sistema por um veículo introdutor legítimo, segundo especificação do próprio sistema, significando que, mesmo diante da competência que a autoridade possui para estabelecer enunciados, tal competência deve ser exercida por meio do veículo correto.

Nesse caso, a palavra lei é plurivalente, podendo significar tanto o veículo introdutor para a inserção de novos enunciados no sistema, como um calhamaço de papel impresso e encadernado que se adquire nas livrarias.

No sistema jurídico brasileiro o veículo introdutor clássico para limitar direitos, segundo o artigo 5º, inciso II da Constituição é a lei⁵⁹. Neste sentido a palavra lei não significa um pedaço de papel, geralmente encadernado, mas sim uma das denotações do gênero do veículo pelo qual o enunciado pode ser inserido no

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 5º II.

ordenamento. O sistema brasileiro preconiza que determinadas matérias somente poderão nele adentrar por meio do veículo denominado “lei ordinária”, enquanto outras pelo veículo chamado “lei complementar”, ou por “medida provisória”, apenas para elencar as suas mais comuns espécies.

Os enunciados são inseridos no ordenamento jurídico por veículos introdutores, cuja aptidão para introduzi-los varia de acordo com a competência atribuída pelo sistema a cada um. O intérprete, por sua vez, ao se deparar com o enunciado, deve verificar se ele adentrou no sistema por meio do veículo introdutor correto, aferindo a sua validade.

Como já afirmado, muito antes das proposições normativas e das normas jurídicas há a atividade do criador, procedimento denominado enunciação, por meio do qual, em linguagem, é cunhado o enunciado.

A enunciação, efêmera, perde-se no tempo, podendo ser rememorada tão-só pelas notas deixadas por aqueles que acompanharam a atividade, denominadas enunciações enunciadas. Tais notas possuem importante função na interpretação do enunciado, pois por meio delas é possível conhecer as circunstâncias da enunciação.

O enunciado, produzido sobre linguagem, incorpora suas radicais possibilidades e limitações, das quais merece destaque a imprecisão lingüística em suas variadas manifestações, especialmente a vagüidade e a ambigüidade. Tais imprecisões, quando não conduzidas de forma hábil, tornam difícil ou impossível a atividade do intérprete, embora eventualmente possam ser de extrema valia para o direito quando utilizadas com perícia pelo expeditor do enunciado.

Merece destaque o fato de que, ao contrário do que tradicionalmente é afirmado, a enunciação produz apenas enunciados, e não normas, cuja criação será tratada adiante. Conclui-se também que as autoridades legislativas, executivas ou judiciárias não expedem normas mas, dentro de suas respectivas competências, veiculam enunciados em suportes físicos próprios, por meio de diversas espécies de veículos introdutores.

As frases ou enunciados são construções atômicas da língua às quais é possível a atribuição de sentido, podendo ter verbos ou não, e até serem formadas por apenas por uma palavra. Tais enunciados, apesar de possuírem um sentido, geralmente não necessariamente encerram uma unidade completa de significação deôntica, como lembram Carvalho⁶⁰ e Larenz⁶¹.

1.3 DOS SIGNOS ÀS NORMAS

As normas não estão nos livros chamados leis e códigos, muito menos coincidem com os enunciados geralmente escritos sobre tinta no papel, divulgados pelos órgãos oficiais. Da mesma forma que a enunciação não é idêntica ao enunciado que dele se cunha, o enunciado não necessariamente espelha as normas que dele se interpretam.

As normas são entendidas como a significação que surge no intelecto do intérprete por meio da interpretação dos suportes físicos pelos quais o emissor expressou os enunciados, produtos da enunciação.

De fato, a criação das normas a partir dos enunciados tem início quando o intérprete se depara com o suporte físico que, como já mencionado, pode ser constituído por qualquer material, sem que se possa afirmar que a tinta sobre o papel seja o mais usual ou, ainda, o mais seguro, tradicional ou antigo.

O cientista do direito está habituado a estudar os enunciados a partir do que denomina por código ou lei, folhas de papel claro onde são apostos traços de tinta escura, encadernados e encapados (tinta sobre papel), embora seja cada dia mais comum a análise de tais enunciados por meios eletrônicos, em telas de computadores, cujo suporte físico definitivamente não é a tinta sobre o papel.

Como já mencionado, historicamente a tinta sobre o papel sempre foi acompanhada por outros suportes físicos, como ocorre atualmente, exemplificativamente a

⁶⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 109.

⁶¹ “Uma lei consiste, em regra, numa pluralidade de proposições, que, no entanto, não são todas proposições jurídicas completas. [...] Todas as proposições deste género são frases gramaticalmente completas, mas são, enquanto proposições jurídicas, incompletas.” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 p. 360.

comunicação realizada por meio das pinturas das faixas de sinalização sobre o calçamento das ruas, dos sinais luminosos dos semáforos, dos gestos dos braços e os silvos dos apitos dos agentes de trânsito. É cada vez mais comum a comunicação por meio da linguagem do código Braile, que emprega pequenas saliências em superfícies lisas de qualquer espécie, geralmente papéis, plásticos ou metais, fornecendo informações aos deficientes visuais.

O mais importante, contudo, é o fato de que os enunciados emanados pelo emissor, para que sejam compreendidos pelo receptor, precisam ser objeto da atividade da interpretação, por meio da qual, ainda que de forma inconsciente, aos significantes é atribuído significado.

Pode acontecer, portanto, que de um determinado significante seja interpretado apenas um enunciado, o que apesar de possível sob o ponto de vista lógico, é improvável sob o ponto de vista prático, em razão da inesgotabilidade do sentido das palavras poeticamente descrita por Saramago⁶² de que também trata Falcão⁶³,

O sentido não é capaz de permanecer quieto, fervilha de sentidos segundos, terceiros e quartos, de direcções irradiantes que se vão dividindo e subdividindo em ramos e ramilhos, até se perderem de vista, o sentido de cada palavra parece-se com uma estrela quando se põe a projectar marés vivas pelo espaço fora, ventos cósmicos, perturbações magnéticas, aflições.

A hipótese inversa também é amplamente possível, podendo ocorrer que dois enunciados distintos sejam interpretados no sentido de gerar, no intelecto do intérprete, apenas um enunciado⁶⁴. Tal variação pode decorrer tanto do tempo quanto do local, ou mesmo da diversidade axiológica dos intérpretes no mesmo tempo e local. Tal fenômeno pode ser perfeitamente exemplificado pelo fato de que, dentro do mesmo órgão do judiciário, contemporaneamente, existam diversas interpretações possíveis para o mesmo enunciado.

1.3.1 A compreensão dos signos e seus agrupamentos

⁶² “o sentido não é capaz de permanecer quieto, fervilha de sentidos segundos, terceiros e quartos, de direcções irradiantes que se vão dividindo e subdividindo em ramos e ramilhos, até se perderem de vista, o sentido de cada palavra parece-se com uma estrela quando se põe a projectar marés vivas pelo espaço fora, ventos cósmicos, perturbações magnéticas, aflições.” cf. SARAMAGO, José. **Todos os homens**. São Paulo: Companhia das Letras.

⁶³ FALCAO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros. 1997, p. 31.

⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 115.

Nem todos os enunciados proclamam-se por um único signo sendo frequentemente necessário o seu agrupamento em seqüências lógicas denominadas palavras que, por sua vez, compõem a linguagem, o mais complicado de todos os sistemas de símbolos. É digno de nota o fato de que nem toda linguagem é composta obrigatoriamente de palavras, como é o caso das notas musicais e da pintura, mas todas dependem de interpretação.

As palavras não são formadas pela simples aglutinação de letras (símbolos), mas sim pelo encadeamento das letras regido pela morfologia e pela sintaxe que, segundo Gianella de Salama, é a relação do signo com os demais, que cria os sistemas.⁶⁵

Por un lado está la relación que se da entre un signo y otros signos. A esta relación se la de nomina dimensión sintáctica del proceso semiótico. Los signos se presentan frecuentemente relacionados, unos con otros, formando sistemas, como los signos que forman la notación musical, ala aritmética, o las palabras de un lenguaje. Aun los signos que aparecen solos tienen una dimensión sintética: la relación de ese signo consigo mismo.⁶⁶

Para a compreensão das palavras não é suficiente apenas o conhecimento das regras sintáticas que disciplinam a sua formação, mas também o seu significado, ou melhor os seus diversos significados possíveis, atribuídos pela semântica, que, por sua vez, tem como principal código, no vernáculo, o dicionário. Formalmente ou não, a comunicação ocorre sempre com a utilização de um código semântico, cuja missão é atribuir sentido às palavras.⁶⁷

Sem conhecer o significado das letras do vernáculo, é impossível ao intérprete sequer arquitetar as palavras, uma vez que para a sua construção é necessário o conhecimento de elementares regras de sintaxe e de morfologia.

⁶⁵ Cf. GIANELLA DE SALAMA. Alicia. Lógica simbólica in: MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. **Positivismo, hermenêutica y teoría de los sistemas**. Buenos Aires: Biblios, 1994.

⁶⁶ Por um lado está a relação que se dá entre um signo e outros signos. A esta relação se denomina dimensão sintática do processo semiótico. Os signos se apresentam frequentemente relacionados uns com outros, formando sistemas, como os signos que formam as partituras, a aritmética, as palavras de uma linguagem. Mesmo os signos que aparecem sozinhos tem uma dimensão sintética: a relação do signo com ele mesmo. "Tradução nossa."

⁶⁷ Cf. GIANELLA DE SALAMA. Alicia. Op. Cit..

Exemplifica a capacidade multiplicativa das letras em um idioma o fato das pouco mais de vinte letras disponíveis na língua portuguesa, formarem centenas de milhares de diferentes palavras⁶⁸. Com a união das letras em palavras, incrementam infinitamente as possibilidades do idioma, permitindo um incontável número de combinações, gerando um estoque inesgotável de vocábulos, com incomensurável quantidade de significados, de acordo com a distribuição sintática das mesmas.

Por exemplo, com as mesmas palavras, 'o leão', 'o tigre' e 'matou' podemos construir proposições de **sentidos inteiramente diferentes**: 'o leão matou o tigre' e 'o tigre matou o leão'. Neste caso, o sentido é derivado da **distribuição sintática** das palavras na frase. **É esta última que comanda o sentido e não as palavras por si mesmas.**⁶⁹

Assim como as letras das quais são formadas, as palavras também são símbolos dotados de significados diversos, sendo, inclusive, perfeitamente possível que, mesmo isoladas, algumas delas possuam sentido, até deônticos, como "Atenção", "Pare", "Cuidado", "Perigo" e "Socorro", por exemplo.

No entanto, as palavras adquirem maiores possibilidades de significados quando agrupadas entre si, em orações, sendo capazes de exprimir praticamente qualquer enunciado, limitando-se à destreza do emissor no emprego da sintaxe e da morfologia, bem como às possibilidades do código, estabelecidas, principalmente, pelos seus preceitos morfológicos e sintáticos.

1.3.2 O modelo de construção de sentido de Carvalho

Uma vez positivados, independente do suporte físico eleito, os enunciados passam a possuir uma base material ou nível físico, do qual o intérprete extrai um significado, integrando o que Carvalho denomina de sistema da literalidade textual (S1), ou o marco inicial da aventura exegética, segundo ele, único e exclusivo dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional, definido por " ... plano de expressão ou plano dos significantes, base empírica e objetivada em documentos

⁶⁸ O dicionário Aurélio da língua portuguesa possui 435 mil verbetes conforme informações prestadas no site <<http://www.aureliopositivo.com.br/aurelio/impressos/01a.asp>> acesso em 7. fev. 2007., e o dicionário Houaiss 228 mil verbetes e 380 mil definições, conforme informações prestadas no site <<http://www.dicionariohouaiss.com.br/index2.asp>> Acesso em 7 fev. 2007.

⁶⁹ ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: Pensamento formal e argumentação. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin. 2002. p. 48.

concretos, posto intersubjetivamente entre os integrantes da comunidade do discurso.⁷⁰

Tal sistema, ou corpo, pode ser constituído, repita-se, por qualquer meio físico, perene ou efêmero, que possa ser percebido por um dos órgãos capazes de receber tais impressões, devendo ainda obedecer os preceitos de formação e transformação ditados pelo código em que foram produzidos.

Neste nível o intérprete já é capaz de perceber o significado dos signos, principalmente no sentido de que, no caso concreto, são unidades de comunicação. Tratando-se de átomos que se agrupam com outros para formar diferente símbolo, como as palavras, elas já podem ser entendidas como tais, para que sejam agrupadas em frases e em orações, adquirindo sentido, embora ainda não seja possível afirmar qual deles foi o desejado pelo emissor, vez que este sentido varia de acordo com o espaço e o tempo nos quais estão situados os sujeitos da comunicação, como leciona Maximiliano:

...a palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de idéias⁷¹

A partir do encontro com o corpo de linguagem, o intérprete continua a persecução dos significados possíveis dos significantes do sistema da literalidade textual, atribuindo sentido ao texto, que passa a ser visto como um todo. Isto porque a correspondência entre o texto literal (significante) e o seu sentido (significado) é sempre relativa, “podendo a expressão literal de um texto (significante) ser aberta em um leque de significados diferentes, dependendo do contexto ou da situação existencial onde o texto é proposto.”⁷²

Neste momento, a interpretação das palavras nas frases, com a conseqüente atribuição de sentidos aos símbolos, reduz o número possível de significados

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 113.

⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 16.

⁷² ALVES, Alaôr Café. Op. Cit. p. 177.

semânticos que cada uma delas poderia possuir isoladamente mas, segundo Maximiliano, com amparo em Kohler, competindo ao intérprete não “apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, justo, jurídico.”⁷³

É no sistema da literalidade textual que o intérprete pode investigar a eleição dos signos pelo emissor e, no caso, a construção das palavras, frases e das orações, independente do suporte físico eleito.

Com a construção do sentido, que previamente passou pela compreensão das letras, das palavras, seus significados e, por sua vez, da união entre elas em frases e orações é que o intérprete constrói as já mencionadas proposições que, como sempre vale lembrar, ainda não necessariamente possuem um sentido único.

No entanto, é no sistema dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos que o intérprete, diante de um conjunto de signos agrupados em consonância com o sistema, avança “...disposto a atribuir valores unitários aos vários signos que encontrou justapostos, selecionando significações e compondo segmentos portadores de sentido.”⁷⁴

É nesse instante lógico que o intérprete compreende, a partir do suporte físico, as estruturas atômicas denominadas enunciados ou proposições.

Contudo, tais enunciados ainda possuem forma embrionária, uma vez que isolados, não foram contrapostos com outros, de forma que tenha sido possível, com precisão, a avaliação do seu sentido, muito menos sua pertinência com o sistema. Isso porque a esse texto ainda não é possível atribuir um sentido único, eis que, repita-se, possui diversos sentidos possíveis, sendo cada um deles, nas palavras de Alves “... **um candidato** a ser efetivamente uma norma jurídica, isto é, um **sentido vinculante** para os sujeitos envolvidos na comunidade jurídica.”⁷⁵

⁷³ KOHLER, Josef. Lehrbuch des Burgerlichen Rechts, 1906-1915, vol 1, p. 125-126. Apud MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 16.

⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 117.

⁷⁵ ALVES. Alaôr Café. Op. Cit. p. 177. (Negrito constante do original)

Os enunciados surgidos nesse sistema também não podem ser confundidos com as normas, sendo tão-somente, nas lições de Carvalho⁷⁶ “significações que se erguem a partir de frases prescritivas, de enunciados ditados por órgãos competentes e que integram o corpo legislativo”.

Em outros termos, embora os enunciados possam ser compreendidos isoladamente, não necessariamente é possível afirmar que deles possa ser interpretada uma proposição ou uma norma.

Isto porque, muitas vezes os enunciados limitam-se a descrever algo, como é o exemplo de uma placa escrita “Mata Ciliar” aposta pela autoridade pública em uma vegetação, ou quando a Constituição estatui em seu artigo segundo que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. Embora indubitavelmente estes sejam enunciados, deles geralmente não é possível ao intérprete extrair qualquer mandamento.

A proposição não é apenas uma mistura de palavras⁷⁷, mas sim “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”⁷⁸, perfeitamente distinta do enunciado, que nas palavras de Bobbio é “... a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso”⁷⁹. Assim o professor de Turim explica como a mesma proposição, ou significado, pode ser expresso de formas, ou enunciados distintos. De igual forma, leciona que um mesmo enunciado pode, de acordo com a interpretação, gerar proposições diversas:

Por exemplo, quando eu digo, voltando-me para um amigo com quem estou passeando: “gostaria de beber uma limonada”, pretendo exprimir um desejo meu e além disso dar ao meu amigo uma informação sobre o meu estado de espírito; se dirijo as mesmas palavras para uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não pretendo expressar um desejo nem dar-lhe uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta. (enquanto no primeiro uso da expressão é previsível, por parte do código, a resposta: “Eu

⁷⁶ VILANOVA, Lourival. **Norma jurídica**. 4.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000. p. 118.

⁷⁷ Wittgenstein afirma que “a proposição não e uma mistura de palavras, - (como o tema musical não é uma mistura de notas).” WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. Op. Cit. p. 40.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 73.

⁷⁹ Ibidem. p.73.

também”; a mesma resposta por parte do segundo interlocutor seria quase uma ofensa).⁸⁰

No entanto, o sistema é composto por diversos enunciados, descritivos e prescritivos que, estando redigidos próximos ou distantes uns dos outros, em um mesmo dispositivo ou em diversos, contemporâneos ou não, integram-se logicamente. O intérprete, ao se deparar com os enunciados, integra-os em seu intelecto, concatenando-os de forma lógica na estrutura, para compor aquilo que se denomina de sistema.

Partindo de tais premissas, Carvalho⁸¹ distingue os ditos enunciados “expressos ou explícitos” dos “implícitos”, sendo os primeiros compreensíveis a partir da leitura direta do próprio texto, enquanto este é cognoscível apenas a partir do encadeamento de mais de um enunciado.

Os enunciados, expressos em códigos por meio da linguagem, sempre carecem de interpretação, sem a qual não pode haver a compreensão, pelo receptor, da mensagem expedida pelo emissor. O principal código utilizado entre os sujeitos da relação comunicacional é a língua portuguesa, embora já tenha sido esclarecido que o direito também permeie outras relações, nas quais é necessário o conhecimento de outros já mencionados códigos.

Guerra Filho⁸² também leciona que as normas não decorrem diretamente dos enunciados cunhados pelo legislador, mas da interpretação que a partir deles se faz, reconhecendo a existência de princípios implícitos que, segundo ele, marcam a superação do legalismo do positivismo normativista, teoria em que as normas do direito positivo estariam reduzidas ao que atualmente se usa denominar por regras, sendo possível alinhar a sua doutrina à que subdivide as normas em regras e princípios, cada qual com suas características determinantes.

⁸⁰ Ibidem. p. 73.

⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 109.

⁸² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Disponível em . <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev20Art6.pdf> acesso em 26 ago. 2007.

Apesar da discussão parecer superficial aos mais incautos, assemelhando-se a uma mera disputa semântica, trata-se de questão especialmente relevante para a ciência, que não tolera as imprecisões lingüísticas.

Os enunciados, construções dotadas de sentido não obrigatoriamente deôntico, podem ser expressos em linguagem descritiva, ou seja, limitam-se a descrever algo (até o próprio direito positivo) em sobrelinguagem, traçando juízos de valor epistemologicamente estranhos à dogmática jurídica, que podem ser exemplificados pelos comentários que o senso comum traça acerca das normas ou do sistema, apofânticamente taxados de justos, injustos, rígidos, dentre outros valores.

Tais enunciados também podem ser expressos em linguagem prescritiva, prestando-se a descrever as teses normativas, por meio das quais são prescritas condutas, sejam elas de direito ou não. Isto porque, tanto os enunciados prescritivos quanto os descritivos não são necessariamente jurídicos, podendo ter qualquer objeto, como a moral (enunciados morais), religião (enunciados religiosos) ou a filosofia (enunciados filosóficos), para citar alguns exemplos. A ordem de um assaltante para que o assaltado lhe entregue o dinheiro, como exemplifica Kelsen⁸³ não obstante ser um mandamento de uma conduta humana, não é estipulada por uma fonte autorizada pelo sistema jurídico, razão pela qual o enunciado não deve ser considerado como integrante do mundo jurídico.

Kelsen⁸⁴ leciona ainda que o enunciado jurídico se discrimina dos demais pelo fato de que este contém um mandamento estabelecido em um sistema jurídico, enquanto os demais são fundamentados em sistemas não jurídicos, como a moral, religião e filosofia, dentre outros. No mesmo sentido é a lição de Vilanova, para quem os enunciados adjetivados de jurídicos são aqueles que integram as normas que, por sua vez, disciplinam das condutas humanas positivadas no sistema:

A ciência dos juristas não alcança diretamente as condutas: alcança-as por intermédio das normas. Se conduta ou fato não ingressou, quer no pressuposto, quer na consequência de uma norma de direito positivo, ficou

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Op. Cit. p. 35.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 2.

no domínio do não jurídico, do social-normativo não juridicizado, ou no mundo natural irrelevante para a valoração jurídica.⁸⁵

Especial atenção merecem aqueles enunciados que, deontologicamente, descrevem as notas que serão utilizadas na hipótese normativa jurídica, bem como aquelas que descrevem uma determinada conduta que perfazerá a sua tese. Para fins propedêuticos pode ser utilizado o exemplo da proibição de entrar em veículos coletivos com animais: Se em veículo coletivo (hipótese estabelecida por enunciado descritivo), então não acompanhar-se de animais (tese estabelecida por enunciado prescritivo).

A partir do contato do intérprete com os signos, expressos por meio de um suporte físico, ele os interpreta, adentrando no universo da literalidade textual, onde é já possível a relativa compreensão as palavras, orações e frases traçadas pelo emissor. Tal compreensão certamente ainda será vaga, uma vez que as palavras, e até mesmo as orações, podem ter significados variados em decorrência do sistema no qual estão inseridas.

Posteriormente, tais conjuntos são interpretados com o objetivo de estabelecer os enunciados, que se encontram no plano das significações, sendo possível ao intérprete a compreensão das estruturas descritivas e prescritivas de forma atômica. Alerta Carvalho que tais enunciados não devem ser compreendidos no sentido de produto físico da enunciação ou "... matéria empírica gravada nos documentos dos fatos comunicacionais"⁸⁶ mas sim na significação ou no sentido proposicional a eles atribuído, por meio da atividade exegética.

É necessário lembrar que uma mesma proposição pode ser expressa por diversas e variadas orações, frases ou símbolos, todas com idêntico sentido. As locuções "faça silêncio no corredor", "proibido fazer barulho no corredor", "o barulho no corredor atrapalha as aulas", ou ainda o símbolo de uma pessoa com o dedo indicador na posição vertical em frente aos lábios encerra a mesma proposição, seja ela a vedação à algazarra nos corredores. Exemplifica a capacidade da expressão de proposições por diversos signos o fato de que a referida proposição poderia ainda

⁸⁵ Cf. VILANOVA, Lourival. **Normas jurídica – proposição jurídica**: significação semiótica. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, nº XV - 61 p. 12-33.

⁸⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 115.

ser expressa por meio de um sinal luminoso, como ocorre nos estúdios de rádio e televisão. Nestes casos, há entre o emissor e os receptores, por exemplo, o código de que uma luz vermelha em cima da porta, entendida pelos demais como a vedação ao barulho (ou a imposição ao silêncio), eis que ali está ocorrendo uma gravação.

Assim como uma proposição pode ser expressa por diversas frases, ou orações distintas, diversas proposições podem advir de uma única frase ou oração. É o caso, por exemplo, da frase “cuidado com o macaco” que, dependendo de onde estiver colocada, pode significar uma advertência ao veterinário para não machucar um determinado primata, no zoológico, o aviso para acautelar-se quanto aos perigos que o símio representa, na parte interna de uma oficina, o zelo para com o equipamento de elevar automóveis, ou ainda na parte pública da mesma oficina, a precaução em relação ao risco de ferimentos que a máquina pode causar.

Confirmando a absoluta dissociação entre os significados e os significantes, Ferraz Junior⁸⁷ afirma ainda que para a aplicação do direito é irrelevante o tempo verbal das frases, ou mesmo o verbo empregado, como ocorre, segundo exemplo de sua lavra, na frase ‘ninguém será preso’, cuja interpretação é uma norma proibitiva de prisão, que pode ser expressa também da forma “é proibido prender” Ainda segundo ele, para a compreensão da proposição sequer o functor, cerne do mandamento jurídico, necessita ser expresso nas orações jurídicas, exemplificando com as normas penais que, geralmente, limitam-se a descrever a conduta socialmente reprovada, indicando a sanção para a sua prática da referida conduta. De fato, a leitura isolada dos “tipos penais” constantes no Código Penal não estabelece qualquer vedação expressa às condutas, mas tão-somente a sua descrição, acompanhada da descrição de uma pena.

Inclusive, em se tratando da permissão, é absolutamente dispensável o modal expresso, ainda que na frase, bastando a exclusão lógica como no caso: “É proibido fumar charutos”. Neste caso, o silêncio em relação a todas as demais formas de tabagismo levam o intérprete ao enunciado – “é permitido fumar cigarros, ou

⁸⁷ FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 128.

charutos”, por exemplo. Neste caso, a autorização não foi expedida pela norma, mas pelo princípio geral do artigo 5º, II, da Constituição da República, que afirma ser lícita a execução de todos os atos que a lei não veda. Alguns mandamentos, portanto, são criados pelo intérprete por meio da compreensão integral do sistema.

Maximiliano não diverge de tal entendimento e, com fulcro em De Filippis, afirma que a norma possui uma expressão visível, com a qual o intérprete estabelece contato com a percepção dos signos, e ainda um sentido íntimo, atingido a partir da compreensão daquele.

todo ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a idéia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza.⁸⁸

Apesar de representarem um dos marcos da criação das normas, isoladamente as proposições não servem para o fim maior almejado pelo o direito, qual seja a disciplina das condutas humanas com o escopo da pacificação social, eis que, como foi possível perceber, sua estrutura é insuficiente para tanto.

1.3.3 A estrutura normativa jurídica completa e suas partes

Para a formação do arcabouço normativo jurídico completo, é necessária a união lógica de proposições em uma estrutura proposicional, de forma que sejam integrados mutuamente os elementos lógicos necessários à formação intelectual da significação, denominada norma que, por sua vez, influenciará as condutas humanas.

A proposição não se confunde com a estrutura lógica proposicional. Esta é uma forma, arcabouço ou suporte, vazia, que pode ser preenchida, por meio da interpretação, com infinitos conteúdos possíveis, que Alves⁸⁹ exemplifica por “X é Z”. Já a proposição é uma estrutura lógica proposicional devidamente preenchida ou

⁸⁸ Cf DE FILIPPIS. Corso completo di diritto Civile Italiano comparato, 1908-10, vol. I, p. 84, apud . MAXIMILIANO, Carlos Op. Cit. p. 14.

⁸⁹ ALVES, Alaôr Caffé. Op. Cit. p. 48. Negritos constantes do original.

interpretada, permitindo a formação de incontáveis frases baseadas no mesmo modelo, porém com sentidos diversos.

As frases, por exemplo, 'Paulo come a fruta' e 'o leão caça as zebras' têm, ambas, a mesma estrutura proposicional (um sujeito e um predicado), mas seus sentidos são muito diferentes. **Seus sentidos divergem pelo conteúdo e não pela forma. A forma é a mesma.** Assim, o objeto da proposição é o sentido do termo sujeito ao qual é atribuído o sentido de um predicado.⁹⁰

Existem quantas estruturas lógicas quanto a imaginação humana for capaz de criar, cada uma delas podendo, por sua vez, ser preenchida por qualquer conteúdo, gerando sentidos absolutamente diversos embora, repita-se, possam ser originários de uma mesma estrutura, recoberta por linguagem diversa.

Vilanova leciona que a estrutura formal de uma norma jurídica resulta da abstração da linguagem do direito positivo, posto em diversos idiomas e peculiaridades culturais refletidas na linguagem⁹¹. É por meio dessa abstração generalizadora que a estrutura lógica, constante, é evidenciada a partir do texto do direito, extremamente variável.

O direito, contudo, não se ocupa de prescrever condutas humanas ou acontecimentos naturais que poderão ou não ocorrer, nem retratar o mundo fenomênico, mas tão-somente descreve ocorrências possíveis de acontecer no mundo dos fatos, para depois a elas vincular, por meio da prescrição, efeitos representados por condutas modalizadas pelos funtores permitido, vedado e obrigado⁹², como explica Alves:

O objetivo da norma não é conhecer o mundo social, buscando-lhe a verdade, mas comandar imperativamente sobre os comportamentos sociais, buscando-lhes a justiça, a conveniência, a segurança e a prudência. A norma jurídica não quer conhecer o mundo das ações humanas e sim modificá-lo.⁹³

Para o direito, importam especialmente duas estruturas lógicas proposicionais específicas, sejam elas a descritiva "P é Q", por meio da qual descreve-se algo, e a

⁹⁰ Ibidem. p. 48.

⁹¹ VILANOVA, Lourival **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000. p. 75.

⁹² Ibidem p. 88.

⁹³ ALVES. Alaôr Caffé. Op. Cit. p. 194.

prescritiva, “deve ser que, se H então C”, representada por Vilanova por “D(H→R)”⁹⁴ utilizada para verificar a existência de um condicionante e, caso positivo, estabelecer, por meio de uma implicação, uma conseqüência. Pela pluralidade conjuntiva ou disjuntiva para um só efeito, é possível, e comum, que uma determinada conseqüência seja provocada por diversas hipóteses, assim como que uma mesma hipótese desencadeie diversas conseqüências.⁹⁵

Para cumprir o seu objetivo o direito emprega duas estruturas lógicas distintas, uma descritiva e outra prescritiva, interligadas pela implicação que, por sua vez, é deflagrada pela comprovação da ocorrência, no mundo fenomênico, de um fato que coincida com as notas abstratamente tratadas na hipótese:

Se o fato que corresponde à hipótese normativa não se verificou, nenhuma relação jurídica propriamente (mesmo em sentido amplo) se deu. [...] Mas, tão logo a relação factual corresponda ao esquema delineado pela hipótese fática (hipótese que aponta para os fatos de possível ocorrência), sobre essa relação a norma incide, tecendo efeitos que não adviriam das meras relação de causalidade natural.⁹⁶

Este esquema onde se relacionam hipótese e conseqüência é denominado por Vilanova como “proposição jurídica”, usualmente definida como elemento central e mais importante da linguagem, camada intercalar por meio do qual são atingidas as normas, mas que com elas não se confundem. Trata-se de uma estrutura lógica “apta para recolher as normas como formações conceptuais”⁹⁷, conforme lição lavrada pelo mestre pernambucano:

Assim sendo, a forma enunciativa das normas jurídicas é a proposicional. A proposição hipotética (implicacional), geral ou individual, é a forma lógica da norma jurídica. Se assim é, então, por essa via, descabe a distinção entre proposições jurídicas e normas jurídicas, aquelas pertinentes ao domínio da Ciência-do-Direito, estas, ao domínio do direito positivo.⁹⁸

A proposição jurídica, portanto, é uma estrutura lógica da ciência do direito, integrada por enunciados prescritivos e descritivos, que fazem parte do sistema da ciência do direito.

⁹⁴ VILANOVA, Lourival **Causalidade e relação no direito**. Op. Cit. p. 94.

⁹⁵ Ibidem p. 90.

⁹⁶ Ibidem p. 132-133.

⁹⁷ VILANOVA, Lourival. **Norma jurídica**. Op. Cit. p. 14.

⁹⁸ Ibidem p. 17.

Esta estrutura normativa é composta de uma endonorma, ou norma primária, e da perinorma que, por sua vez, são compostas, cada qual, por uma hipótese fática (pressuposto), construídas por enunciados descritivos, e uma consequência (conseqüente) em linguagem prescritiva. Explica-se desta forma a existência da estrutura normativa formada por endonorma e perinorma, cada qual contendo uma hipótese e uma tese, todas concatenadas logicamente da seguinte forma: $(H \rightarrow C)$. $(C \rightarrow S)$ ou, em outra formulação: (Hipótese \rightarrow Conseqüência) . (Não cumprimento da consequência \rightarrow Sanção).

Fazendo-se um corte abstrato na série de normas que compõem unitariamente o sistema do direito positivo, vemos que uma regra jurídica completa consta de duas normas. Na norma primária, tem-se o pressuposto fático (ou hipótese de incidência) em relação-de-implicação com a consequência: a relação jurídica. Abstratamente, se ocorre o fato F, então A ficará numa relação R com B. Na norma secundária, a hipótese fática é a não observância do dever da parte do sujeito passivo, a qual implica o exercício da sanção e da coação (já aqui através de órgão jurisdicional).⁹⁹

Apesar de todas as normas possuírem a mesma estrutura lógica, nem todos os elementos de uma determinada estrutura normativa encontram-se agrupados conjuntamente no ordenamento em uma seqüência lógica de frases. Na verdade, muitas vezes as orações são positivadas em subsistemas jurídicos distintos, não havendo impedimento de que a norma primária tenha sido trazida ao sistema por um veículo introdutor de uma espécie (lei complementar, por exemplo), enquanto a norma secundária por outro (lei ordinária, por exemplo), o mesmo podendo ocorrer com as hipóteses e teses que integram a estrutura.

A legislação tributária¹⁰⁰, exemplificativamente, determina que os conceitos empregados neste subsistema que tenham sido tomados de outro, devem manter o significado previamente existente no original de regência. Assim, quando a lei tributária trata da figura do comerciante, remete ao intérprete ao conceito existente no direito civil e comercial, o mesmo ocorrendo quando utiliza os termos solidariedade, responsabilidade, prescrição e decadência.

⁹⁹ VILANOVA, Lourival **Causalidade e relação no direito**. Op. Cit.. p. 175.

¹⁰⁰ BRASIL. **Código tributário nacional**, Lei nº 5172 de 25 outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios In: **Vade Mecum**. Op. Cit. art. 110.

Assim, para que o aplicador interprete uma proposição jurídica pode ser necessário perquirir a totalidade do ordenamento jurídico, buscando definições de diversos conceitos em diversos subsistemas que compõem o ordenamento, bem como utilizando enunciados decorrentes de frases introduzidas no sistema nos mais variados momentos.

Um bom exemplo disso é a Lei de Introdução ao Código Civil que (i) não foi inserida no ordenamento jurídico sob o veículo introdutor Lei (trata-se do Decreto 4.707/42)¹⁰¹, (ii) teve seu texto publicado quase trinta anos após o Código que pretensamente introduziria, bem como (iii) não trata tão-só da matéria relativa ao código civil, mas também de outros subsistemas.

Interpretados os enunciados, formam-se, no intelecto do intérprete, as proposições, que possuem uma estrutura lógica, porém ainda sem sentido deôntico completo.

Até então, ainda não há de se falar em norma jurídica, mas tão-somente da interpretação dos enunciados pela observação das frases, que culminam na construção das proposições que, por sua vez, organizadas, podem adotar a estrutura normativa.

1.3.4 Da proposição à norma

O intérprete, ao se deparar com qualquer espécie de signo, se posta diante daquilo que anteriormente foi denominado por plano da expressão, de significantes, ou da literalidade textual. Em tal nível deve ser observada a correção da sintaxe e da morfologia, com a aferição da sua integridade lógica, evitando-se palavras sem respaldo semântico ou frases desprovidas de sentido.

É a partir das conclusões obtidas neste plano, ainda deveras vagas em decorrência da impossibilidade de, neste momento, se atribuir um sentido preciso ao texto, é que o intérprete adentra no segundo sistema, seja ele o universo dos conteúdos significativos. Este é o instante em que os significados atribuídos aos significantes

¹⁰¹ BRASIL. Decreto nº 4.707 de 17 de setembro de 1942. Dispõe sobre a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil In: **Vade Mecum**. Op. Cit.

são contextualizados, para a produção de unidades completas de sentido, embora ainda sem carga normativa.

Só após o contato do intérprete com as proposições é possível organizá-las de forma lógica, concatenando os seus diversos elementos, aos quais é conferido um sentido que, não obstante estreito, carece de contextualização uma vez que, como afirma Carvalho: “o quantum de significação obtido com o isolamento do arcabouço da norma jurídica não é suficiente para expressar a orientação da conduta como algo definitivo.”¹⁰²

Torres descreve a função da atividade exegética quando afirma que “A lei abstrata só adquire concretude pelo trabalho conjunto dos poderes do Estado: A administração complementa a norma legal pelo regulamento e o judiciário se incumbem da aplicação ao caso concreto.”¹⁰³, destacando a necessidade da interpretação da lei formal, para que ela se transforme em norma jurídica: “A lei formal mostra-se insuficiente para lhe dar plena normatividade, posto que necessita da interpretação e do trabalho de complementação *intra legem* desenvolvido pelo juiz.”¹⁰⁴

Esta é a ocasião que o intérprete também lança mão da pragmática, por meio da qual, segundo Alves, o sentido da frase é dado “...**em função da situação** em que é empregada e não das palavras singulares usadas”¹⁰⁵, ressaltando que “... a concepção atômica do sentido, pautada apenas nas palavras, não possui valor teórico explicativo do significado das frases ou sentenças”¹⁰⁶. De fato, pela mera leitura das frases o intérprete não é capaz de extrair, com segurança, o seu significado, uma vez que este pode variar de acordo com o contexto na qual tiver inserida, ainda que tal interpretação viole, por completo, o senso comum. Interessante exemplo é o do enunciado contido no artigo 150 da Constituição da República, que dispõe que os tributos não serão cobrados no mesmo exercício fiscal

¹⁰² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op cit. p. 123.

¹⁰³ TORRES. Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Op. Cit. p. 75.

¹⁰⁴ Ibidem p. 75.

¹⁰⁵ ALVES. Alaôr Caffé. Op. Cit. p. 48. (Grifos constantes do original)

¹⁰⁶ Ibidem p. 48.

em que forem instituídos¹⁰⁷. Para um intérprete que não conhece o sistema, poderia significar que os referidos tributos seriam devidos, mas a sua cobrança seria postergada, uma vez que a Constituição mencionou cobrança, sinônimo de exigência, e não eficácia, sinônimo de incidência. No entanto, muito embora a Constituição utilize a palavra exigir, ela é interpretada no sentido de incidir, em exegese que prevalece unanimemente na doutrina e jurisprudência. O mesmo caso acontece com os programas de computador que se equivalem aos livros, como os dicionários eletrônicos que, muito embora não sejam livros, aproveitam a imunidade a eles constitucionalmente concedida.¹⁰⁸

É aí que surge o terceiro plano, ou o substrato das significações, onde as proposições são contextualizadas com os grandes princípios e valores que norteiam todo o sistema¹⁰⁹, com o objetivo de conferir à totalidade dos enunciados o mesmo viés, agregando-os e orientando-os na mesma direção, no momento qualificado por Carvalho como “... o apogeu da missão hermenêutica [...] clímax, momento de maior gradação do processo gerativo.”¹¹⁰

Surge então a norma jurídica, imediatamente vinculada ao enunciado com o qual o intérprete travou contato direto, e realizou exegese superficial por meio da sintaxe, semântica e pragmática. No entanto, esta norma encontra-se profundamente relacionada com o núcleo do ordenamento por intermédio dos preceitos constitucionais, bem como dos valores e ideologia que inspiraram sua enunciação, e influenciam a interpretação. Tais fatores, ideológicos, filosóficos e axiológicos devem ser levados em consideração a cada vez que o exegeta, independente de quem seja¹¹¹, estabeleça contato com o enunciado para compreendê-lo como uma norma, como também salienta Ivo.

¹⁰⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: [...] no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;”

¹⁰⁸A imunidade aos livros é tratada no artigo 150, VI da Constituição da República, e foi estendida ao CD ROM que possua conteúdo de livro por meio de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁹CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 123.

¹¹⁰Ibidem p. 124.

¹¹¹cf. HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1997.

Norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas jurídicas, e sim, meros enunciados lingüísticos esparramados pelo papel. Enunciados postados em silêncio, em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido.¹¹²

Ávila também adota posicionamento semelhante, afirmando categoricamente que “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”¹¹³ Conclui, com arrimo em Guastini que “... os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”¹¹⁴ Santi afirma a condição de significação das normas ao distingui-las dos seus veículos introdutórios:

Não há de se confundir norma e instrumento introdutor. Este, veículo individual e concreto, é o suporte físico dos enunciados normativos, introduzido por um fato jurídico: Aquela [norma], a significação desses enunciados é a proposição jurídica na sua forma implicacional que poderá ser abstrata ou concreta, genérica ou individual.¹¹⁵

Tratando das normas enquanto significações dos enunciados a partir da atividade exegética, Ivo cita Grau, para quem a interpretação é uma atividade que transforma os enunciados, que por si só nada dizem, em normas.¹¹⁶ De fato, tudo tem início na enunciação, procedimento que tem por produto os enunciados, prescritivos ou descritivos, perpetuados por qualquer espécie de suporte físico por meio de signos. Tais signos, que podem ser símbolos, ícones ou índices são expedidos pelo emissor, que encerra a sua atividade, dissociando-se o criador da criatura.

Neste sentido, Tavares afirma que “Ao Tribunal Constitucional foi cometida a missão de fazer aflorar e, conseqüentemente, impor a filosofia política da Constituição”¹¹⁷, uma vez que, segundo o autor, as linhas político-ideológicas dela são abertas, e assim permanecerão, aguardando que o intérprete desempenhe este papel.

¹¹² IVO, Gabriel. **A Incidência da Norma Jurídica**. Op. Cit. p. 6-7

¹¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 22.

¹¹⁴ Ibidem p. 22.

¹¹⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Validade, vigência, eficácia e aplicação das normas**. Op. Cit. p. 131, 134 e 153.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **La doble desestructuración y la interpretación del Derecho**. Barcelona: M.J. Bsach, 1998. p. 13. apud IVO, Gabriel. Op. Cit.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998. p. 61.

Daí a necessidade de um Tribunal que bem desempenhe esse papel, colocando em termos objetivos, devidamente fundamentados e apoiados na concepção vigente na Constituição, os valores abraçados na solução daqueles casos em que caiba certa dose de discricionariedade relevante por parte do Poder Judiciário.

Este papel, ainda segundo Tavares, deve ser desempenhado precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal, poeticamente definido pelo seu próprio ex-presidente, Aliomar Baleeiro, como:

Instituição viva, ligada umbilicalmente à Constituição e ao aparelho de governo da Nação brasileira, o Supremo Tribunal Federal não se confunde com algo de estático, rígido, cadavérico, frio, marmorizado. Não. A Côte [sic] egrégia palpita, mutável e dinâmica ao impulso da história¹¹⁸.

É justamente por ser o poder que tem como função precípua a aplicação e da Constituição por meio da interpretação pluricultural dos enunciados jurídicos, que o poder judiciário deve "... decidir em função de 'princípios' e não de 'regras' jurídicas tecnicamente acabadas, com freqüente recurso a conceitos de valor, ou a conceitos indeterminados, cláusulas gerais e mesmo simples diretrizes..."¹¹⁹ Härbele desposa a mesma teoria, afirmando que o legislativo, executivo, judiciário e o povo participam ativamente da atividade exegética, cada qual da sua forma e com os seus meios, tendo como produto a norma jurídica: decorre vez que, nas suas palavras:

Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.¹²⁰

No mesmo sentido é a doutrina de Reale¹²¹, para quem a legislação é o núcleo estático do ordenamento, que se torna flexível e, portanto apto a cumprir seu desiderato, quando interpretado. Finalmente, acerca da distância existente entre os enunciados e as normas, Torres ressalta que "... a interpretação, embora se vincule

¹¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. **STF Esse desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968 p. 22 apud TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 69.

¹¹⁹ Fragmento do discurso do Presidente do Tribunal Constitucional Português José Manuel M Cardoso da Costa. Op. Cit. p. 31-32. apud TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 69.

¹²⁰ HÄRBERLE, Peter. Op. Cit. p. 14.

¹²¹ REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 336 apud BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. p. 14-15.

ao texto da norma, nele não se deixa aprisionar, eis que o texto da norma não se confunde com a própria norma.”¹²²

As normas, enquanto produto da atividade exegética, distinguem-se perfeitamente dos enunciados a partir dos quais são interpretados, e muito embora os utilizem como substrato, podem dele divergir, conforme variem os valores e princípios que norteiem a interpretação.

1.3.5 As normas enquanto produto da atividade intelectual do intérprete

A dissociação entre a norma e o texto com qual o intérprete travou contato para compreendê-la não é moderna, já tendo sido empregada em 1922 por Pontes de Miranda, cujas palavras, merecem transcrição: “Hoje, o artigo tal do Código não exprime, exactamente [sic], o que, no anno [sic] passado, exprimia; porque não diz elle [sic] o que está nas palavras, mas algo de mutável que as palavras quiseram dizer.”¹²³ O mesmo raciocínio foi repetido quando, comentando a Constituição de 1967, Pontes de Miranda estabeleceu a distinção entre os artigos, parágrafos, incisos e proposições e a unidade lógica que deles decorre:

Os artigos, parágrafos, incisos ou proposições têm, por vezes, algo que não está neles, e sim noutros artigos, parágrafos, incisos, ou proposições; e, não raro, o artigo, parágrafo, inciso, ou proposição contém mais de uma regra jurídica, como unidade lógica. A regra jurídica que se extrai de dois ou mais artigos, ou de um artigo e parte de outro, é que é a unidade lógica, que se tem de examinar.¹²⁴

Definitivamente este entendimento não pode ser considerado moderno, eis que Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, originalmente editada em 1934, já definia norma como sendo um esquema de interpretação¹²⁵, bem como distinguia a norma e a proposição.

Como mencionado alhures, Bobbio inicia o estudo das normas afirmando que elas devem ser consideradas como uma espécie do gênero das proposições normativas,

¹²² TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Op. Cit. p. 285.

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1992. p. 608.

¹²⁴ *ibidem*.

¹²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 20.

que por sua vez podem ser consideradas “... como um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade...”¹²⁶. Tais proposições, segundo ele, podem possuir variadas formas gramaticais, sejam elas as “... declarativas, interrogativas, imperativas e exclamativas.”¹²⁷ independente da forma eleita, Bobbio afirma que tais proposições podem possuir diversas funções, por ele denominadas de “...asserções, perguntas, comandos, exclamações.”¹²⁸ Destaca ainda que embora geralmente os comandos venham de proposições imperativas, nada impede que tal função seja exercida por outra forma, evidenciando a absoluta independência entre a forma e a função. Estatui, portanto, a distinção entre a proposição e a norma, ressaltando esta como a compreensão que o intérprete extrai daquela.

E que os dois critérios sejam distintos, pode-se mostrar pelo fato de que a mesma função pode ser expressa com formas diferentes e, inversamente, com a mesma forma gramatical pode-se exprimir funções diversas.¹²⁹

A norma jurídica, portanto, pode ser perfeitamente compreendida como a significação que surge na mente do intérprete a partir da percepção do mundo exterior, captado por qualquer dos sentidos, como explicita Carvalho:

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos lingüísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo idéias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição.

Dito de outro modo, experimentamos as sensações visuais, auditivas, tácteis, que suscitam noções. Estas, agrupadas no nosso intelecto, fazem surgir os juízos ou pensamento que, por sua vez, se exprimem verbalmente como proposições. A proposição aparece como o enunciado de um juízo, da mesma maneira que o termo expressa uma idéia ou noção.

A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito.¹³⁰

A definição do conceito de norma enquanto sentido criado pelo intérprete em decorrência da atividade exegética desenvolvida a partir do suporte físico também é compartilhada por Sarmiento¹³¹, Bornholdt¹³², e Ávila¹³³ que, por sua vez assevera a

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Op. Cit. p. 74.

¹²⁷ Ibidem. p. 75.

¹²⁸ Ibidem. p. 75.

¹²⁹ Ibidem. p. 75.

¹³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 8.

¹³¹ “É, porém, um denominador comum, entre as mais variadas concepções jusfilosóficas, a idéia de que o texto normativa não exaure a norma e que, portanto, é possível extrair norma onde não haja

possibilidade de um único dispositivo poder ser interpretado em várias normas, da mesma forma que uma única norma pode depender de diversos dispositivos. No mesmo sentido é a doutrina de Revorio:

*Puede entender-se por ‘disposición’ cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; ‘norma’ sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones.*¹³⁴

Engisch, ao tratar da interpretação das normas, e questionar acerca de qual vontade deve prevalecer: do legislador ou da lei, conclui que, “com o ato legislativo, dizem os objectivistas, a lei desprende-se de seu autor e adquire uma existência objectiva [sic].”¹³⁵ De fato, o enunciado, apesar de estático, eis que geralmente pintado em tinta sobre papel, possui conteúdo dinâmico, uma vez que os seus intérpretes evoluem, assim como a sociedade na qual estão inseridos.

A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (‘eternamente quieto permanece o passado’), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais refletem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas.¹³⁶

O interprete, assim, depara-se com um enunciado antigo, a ser aplicado sobre um fato novo, muitas vezes impensável ao legislador que enunciou o mandamento, e “Novos fenómenos [sic] técnicos, económicos, sociais e políticos, culturais e morais

texto.” Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 53.

¹³² “Assim, a norma jurídica não se confundirá com o texto da norma que, diante de seus elementos juridicamente relevantes, lhe seja pertinente. O texto da norma fornecerá, então, as condições para que, a partir da utilização dos elementos tradicionais (porém reformulados) de interpretação (além do acréscimo de algumas novas figuras geradas no seio do direito constitucional) seja elaborado o programa da norma que, por sua vez, condicionará a criação do âmbito normativo.” BORNHOLD, Rodrigo Meyer. Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 28.

¹³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. Op. Cit. p. 25.

¹³⁴ Pode entender-se por disposição qualquer enunciado que forma parte de um documento normativo, isto é, qualquer enunciado do discurso das fontes; norma seria qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado adscrito de uma ou várias disposições ou fragmentos de disposições. “tradução nossa”. REVORIO, F. Javier Díaz. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional**: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 35.

¹³⁵ ENGISH, Karl. Op. Cit. p.1.

¹³⁶ Ibidem. p. 173.

têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes.”¹³⁷

Müller, ao tratar do fenômeno, defende a “não-identidade de texto da norma e norma”¹³⁸, utilizando a expressão “ponta do iceberg”¹³⁹ para ilustrar a imensa desproporção que há entre o diminuto texto redigido pelo legislador e a imensidão da significação que dele é possível ser gerada por meio da interpretação. No mesmo sentido é a doutrina de Grau¹⁴⁰, para quem as normas surgem da interpretação daquilo que denomina por textos normativos, citado por Barcelos¹⁴¹, que também distingue os enunciados normativos dos textos, reconhecendo, inclusive a possibilidade de sua dissociação, como também leciona Cappelletti:

É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? [...] por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.¹⁴²

De fato, a norma jurídica dita completa é formulada, segundo Carvalho, por duas proposições deônticas reunidas por meio da conexão disjuntiva “ou”. A primeira proposição, denominada por Kelsen de norma secundária e por Cossio de endonorma, é composta de notas sobre um comportamento desejado e estabelecido pelo ordenamento jurídico. A segunda, chamada por Kelsen de norma primária e por Cossio de perinorma, estabelece uma sanção para a hipótese de descumprimento da conduta prevista na anterior.¹⁴³

¹³⁷ Ibidem. p. 173.

¹³⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 53.

¹³⁹ Ibidem. p. 53

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

¹⁴¹ BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 105.

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 21-22.

¹⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. Op. Cit. p. 47 e seguintes.

Tanto a proposição normativa primária (perinorma) quanto a secundária (endonorma) contém cada qual um antecedente (hipótese ou pressuposto) e um conseqüente (tese ou conseqüência). A hipótese, também chamada de prótase ou suposto, é, segundo Carvalho¹⁴⁴, o conjunto de critérios para a identificação de fato que, acontecido, determina a incidência de certa conseqüência. A conseqüência, ou apódose, segundo o professor, “é o conjunto de critérios para a determinação de certa conseqüência, imputada à realização do fato previsto na prótase.”¹⁴⁵

Cossio afirma que a norma não contém mandamento algum, mas tão-somente vincula a prática de uma conduta abstratamente prevista a uma determinada conseqüência¹⁴⁶. Com fundamento em tal inteligência, conclui que o sujeito que pratica aquilo que a norma veda não a infringe, mas apenas “realiza o suposto de disposição perinormativa que é a condição da sanção.”¹⁴⁷

*La norma no contiene mando ninguno; la norma simplemente dice que dado el hecho de libertad civil de una persona, debe ser el hecho de no matar, y que dado el hecho de matar debe ser el hecho de su encarcelación.*¹⁴⁸

Admite-se que a arquitetura das normas em endonormas e perinormas, que por sua vez contém hipóteses e conseqüências, é pouco didática quando tratada em sobrelinguagem. No entanto, reputamos a dificuldade à questão meramente semântica, uma vez que não há como discordar de Carvalho quando afirma que a técnica simplifica sobremaneira a tarefa do legislador e do intérprete, reduzindo a complexidade natural da compreensão das condutas em foco.

Neste sentido, Carvalho define as normas como “toda proposição prescritiva de estrutura hipotética que impute ao acontecimento do suposto determinado tipo de comportamento humano.”¹⁴⁹, utilizando o critério da estrutura hipotética para distinguir as normas dos juízos categóricos. Os mencionados juízos hipotéticos são aqueles formulados de forma condicional em relação a uma análise, na qual se

¹⁴⁴ Ibidem p. 48.

¹⁴⁵ Ibidem p. 48.

¹⁴⁶ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, p. 61 apud Ibidem. p. 49.

¹⁴⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. Op. Cit. p. 53.

¹⁴⁸ a norma não contém mandamento algum; a norma simplesmente diz que, diante do direito à liberdade civil de uma pessoa, deve ser o direito de não matar, e, diante do direito de matar, deve ser o direito de sua prisão. “Tradução nossa”.

¹⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Op. Cit. p. 54.

associa a determinada condição uma conseqüência, enquanto os juízos categóricos, por sua vez, são axiológicos, ou seja, tratam de valores e os enunciados deles decorrentes não estão relacionados a condição alguma como nos casos simplesmente afirmativos, exemplificando: “...‘amanhã será segunda-feira’, ‘este país é uma república’, ‘tais pessoas são comerciantes’ ‘a maioria se completa aos vinte e um anos de idade’” etc.”¹⁵⁰ Ao inserir a estrutura hipotética na definição do conceito de normas, Carvalho exclui da categoria das normas diversas outras proposições que, não obstante sejam jurídicas, como as ditas “normas atributivas” ou “normas qualificativas”, possuem juízo categórico, e não hipotético¹⁵¹. Contudo, o professor reconhece que, muito embora tais proposições não tenham natureza normativa, eis que não associam uma condição a uma conseqüência, não perdem o caráter jurídico.¹⁵²

Isto porque apesar de não serem capazes de, por si só direcionar a conduta humana por meio dos modais deônticos, os juízos categóricos possuem relevante utilidade para o direito, seja participando da hipótese normativa, ou ainda direcionando a interpretação dos demais enunciados. A proposição “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. contida no seu inciso I do artigo 5º, por exemplo, é absolutamente declaratória, uma vez que, categoricamente, expressa tal situação de igualdade entre as pessoas de sexos distintos. No entanto, tal afirmativa encerra importante mandamento, seja ele o da vedação de que o sexo seja empregado como privilégio odioso¹⁵³ entre os seres humanos. Praticamente todo o rol de direitos e garantias da Constituição da República é redigido de forma categórica, sem que com isso, seja lícito a algum intérprete afirmar que tais enunciados não pertençam ao ordenamento jurídico.

Em outras palavras, conclui-se que o direito não é construído apenas sobre normas ou inversamente, nem só de normas é formado o direito, que também é integrado

¹⁵⁰ Ibidem p. 54.

¹⁵¹ Ibidem p. 42.

¹⁵² “Isso não quer dizer, todavia, que proposições desta natureza [categóricas] deixem de ter caráter jurídico. Significa, apenas, que não têm índole normativa, porque não são juízos hipotéticos, em que se associa a determinada condição uma conseqüência. São, como vimos, juízos categóricos que completam a ordem jurídica, pois somente os juízos hipotéticos não são suficientes para a vida e o regular funcionamento do Direito” idem. **Teoria da norma tributária**. p 55.

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

por outras espécies de proposições, inclusive as categóricas que, apesar de não determinarem uma conduta a ser realizada, participa da formação das normas pelo intérprete.

A estrutura externa, e imediatamente tangível, do direito é formada pelo suporte físico, onde o emissor do enunciado o perpetua por meio de signos lingüísticos. O intérprete (receptor), por sua vez, apreende os signos por meio de um de seus órgãos sensoriais, atribuindo-lhes significado. Tais afirmativas, embora permeadas por forte carga intrasubjetiva, contém uma inconstestável verdade, seja ela a de que as normas não se confundem com o enunciado, nem estão nos textos das leis, mais sim no intelecto dos intérpretes.

Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen¹⁵⁴ já afirmava que cada norma do sistema jurídico deve encontrar o seu fundamento de validade em outra norma do ordenamento, representando o que atualmente se denomina por escalonamento normativo, ou estrutura hierárquica, na qual uma norma inferior deve se respaldar em uma superior que, em caso de conflito, prevalecerá.

Portanto, no caso brasileiro, a Constituição ganha especial importância, eis que serve como ponto de referência para todas as demais normas, guiando a interpretação do sistema jurídico. Uma vez compreendida a criação da norma por meio da interpretação das proposições, não é difícil entender que a Constituição serve como critério de exegese para todas as normas jurídicas, devendo todos os demais signos, frases, enunciados e proposições, de qualquer sistema, ser interpretados tão-somente conforme a sua orientação lógica e axiológica.

Neste sentido Carrazza lembra memorável lição de Canotilho¹⁵⁵, onde o mestre português leciona que as normas de direito constitucional são normas de normas (*norma normarum*), e funcionam como fontes de produção jurídica.

De fato, a Constituição é largamente empregada como critério de interpretação de todas as outras normas, que terão sua validade em cheque se não estiverem em

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Op. Cit. p.2.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 191

consonância com elas, seja tal incompatibilidade positiva¹⁵⁶ ou negativa.¹⁵⁷ Trata-se da inconstitucionalidade por ação quando da discrepância de uma norma com o texto maior, ou por omissão, quando da inércia de qualquer dos órgãos em relação à mandamento constitucional.

Carrazza, tratando das normas constitucionais, salienta que há ainda, dentro da própria Constituição, normas de diferentes importâncias, ou hierarquias, razão pela qual algumas devem prevalecer sobre as outras quando de eventual antinomia. Distingue as normas constitucionais em regras e princípios, a quem reputa especial importância, eis que “... diretrizes, isto é, os nortes, do ordenamento jurídico.”¹⁵⁸

A partir da já citada afirmativa categórica de que homens e mulheres são iguais, por exemplo, temos que é inconstitucional qualquer interpretação de enunciado que determine tratamento diferenciado entre pessoas, levando em consideração o sexo, desde que não exista um fundamento para tanto.

1.3.6 O texto como ponto de partida da interpretação

Barroso, estabelecendo a distinção que entende existir entre o texto escrito e a norma, ou o direito, bem como demonstrando a relação existente entre ambos, destaca que “... em matéria constitucional, é importante que se diga, o apego ao texto positivado não importa em reduzir o direito à norma, mas, ao contrário, em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos do que isso.”¹⁵⁹ Assevera assim que a norma é muito mais que o texto, a letra da lei ou o enunciado.

A dissociação entre o texto elaborado pelo legislador e a norma a partir dele desenvolvida pelo aplicador é tratada por Canotilho quando discorre sobre a interpretação, nos seguintes termos: “Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários signos lingüísticos escritos na constituição

¹⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 102, I, “a”, e III, “a”, “b” e “c”.

¹⁵⁷ Ibidem. Art.103 e §§ 1º, 2º e 3º.

¹⁵⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29 -30.

¹⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”¹⁶⁰.

Tratando dos limites da interpretação, Müller afirma que o extremo da atividade exegética é o da literalidade do texto, eis que, nas palavras do autor, “... a interpretação conforme à constituição não deverá ser possível contra o teor o ‘teor literal e (o) sentido’ ou contra ‘o objetivo legislativo’¹⁶¹. A assertiva, embora aparentemente simples, possui três sentidos profundos, que devem ser compreendidos isoladamente.

Inicialmente, pode-se afirmar que a interpretação não pode extrapolar os limites do que foi expresso pelo legislador que, dito de outra forma significa que o intérprete, seja ele de qualquer hierarquia, não pode inserir, no texto a ser interpretado, elemento estranho àquele que foi posto pelo legislador, quando da sua construção. Esta interpretação reflete o enaltecimento à legalidade, e busca preservar dos caprichos de juizes e administradores, a obra elaborada pelos representantes do povo.

No entanto, não se pode olvidar que, como bem afirma Barcelos¹⁶², o poder legislativo encontra-se em crise caracterizada pela fragilidade da relação de confiança entre o povo e o seus representantes, o que culminou por transferir a discussão política dos parlamentos para as cortes de justiça. A redução da efetividade da representatividade do poder legislativo já havia sido manifestada por Leite¹⁶³, para quem:

...nem sempre os representantes eleitos pelo povo para elaborar as leis honram o mandato conferido pelos seus representados, subjugando-se aos interesses econômicos de minorias privilegiadas, e elaborando textos contrários aos lídimos anseios populares, situação em que “... o juiz escravo da lei tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis.

¹⁶⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1074.

¹⁶¹ MÜLLER, Friedrich. Op. Cit. p. 31.

¹⁶² BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Op. Cit. p. 15.

¹⁶³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Validade e eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005. p. 21-22.

De fato, a interpretação conforme a letra fria da lei já serviu de subterfúgio para incontáveis injustiças, razão mais que suficiente para que fosse repudiado, se não fosse o bem maior que ele representa, que é a submissão do povo às regras por ele mesmo criadas, ainda que indiretamente, pela atividade de seus representantes, na exata forma do parágrafo único do artigo 1º da Constituição¹⁶⁴.

Não há, portanto, como discutir a necessidade de se manter o suporte físico como único objeto da interpretação, do qual o exegeta não pode se afastar, sob pena de consertar uma injustiça com o emprego de outra. No entanto, tal afirmativa não pode ser entendida em termos absolutos, vez que não é possível quantificar o aceitável afastamento do aplicador à obra do legislador.

Em relação aos enunciados infraconstitucionais, conclui-se que o judiciário pode deles afastar-se sempre que contrariem a própria unidade e coerência da Constituição. Nesta linha Hartz afirma que um enunciado pode ser interpretado até de forma contrária ao seu texto, muito embora esclareça que tal exegese é autorizada simplesmente quando realizada com o escopo de, razoavelmente, preservar a unidade do sistema, com base na Constituição:

Uma lei, em certas circunstâncias, deve ser interpretada contra a sua expressão literal, se numa razoável apreciação segundo o contexto a expressão não reproduz a vontade real do legislador.

Se um juiz se apegasse formalmente à expressão literal da lei, não estaria desempenhando a sua tarefa de acordo com a Constituição.

[...]

O juiz, porém, não pode pôr-se no lugar do legislador. [...] O juiz (o Tribunal Constitucional Federal) tem de limitar-se, pois, a declarar a nulidade, a fim de dar ao legislador a oportunidade de expressar a sua vontade. Se o juiz quisesse aplicar uma lei nula, então restaria, na realidade, criando a lei, no lugar do legislador.

[...]

O campo de atuação do juiz é, pois, a interpretação do direito, não o campo da política, e muito menos a política tributária ou a política econômica.¹⁶⁵

Ponto de vista semelhante é defendido por Barcelos, para quem o enunciado é, ao mesmo tempo, ponto de partida e limite da atuação¹⁶⁶. Já Freire Júnior conclui que

¹⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 1º, Parágrafo único: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

¹⁶⁵ HARTZ, Wilhelm. **Interpretação da lei tributária**: conteúdo e limites do critério econômico. Trad. Brandão Machado. São Paulo: Resenha Tributária, 1993. p. 43.

¹⁶⁶ BARCELOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 89.

“... o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto tenha que ir além do legislador.”¹⁶⁷, em afirmativa que pareceria despótica se a justiça ou o completamento do ordenamento não fosse norteado pela própria Constituição, da qual nenhum intérprete pode desviar-se.

Neste momento não se questiona a existência ou não de direitos naturais inatos ou não escritos, questão filosófica que transcende os limites da pesquisa, mas tão-só afirmar que, no sistema jurídico brasileiro, antigo e sedimentado, capitaneado por uma constituição manifestamente alicerçada em direitos fundamentais, tal discussão é absolutamente inútil.

O segundo sentido é o de que não há como discordar que o limite da interpretação é, de fato, o corpo de linguagem. No entanto, apesar do texto ser imortalizado por em um meio físico, muitas vezes perene, quase indestrutível, como tinta, madeira, ou até rocha, o seu sentido é volúvel, dinâmico, maleável às alterações culturais, ideológicas e culturais de um povo.

Ao intérprete, enquanto lhe é vedado alterar o suporte físico dos enunciados jurídicos, é permitido, ou além, obrigado a exaurir as suas capacidades exegéticas, atribuindo-lhe, a cada momento, a interpretação que melhor atende aos direitos fundamentais, principalmente no sentido de que as normas que a partir deles sejam interpretadas respeitem a razoabilidade e a proporcionalidade. Desta forma, ocorrerá um sutil controle da atividade legislativa pelo poder executivo, a quem cabe interpretar e aplicar os enunciados, bem como pelo judiciário, competente para declarar a legalidade ou a constitucionalidade da interpretação. Em outras palavras, ao escolher as palavras e a sintaxe com as quais constrói os enunciados, o legislador confere maior ou menor âmbito de interpretação ao aplicador, aumentando ou reduzindo as possibilidades exegéticas.

O povo, contudo, representado pelo legislador, por duas razões não fica à absoluta mercê do controle judicial. Inicialmente porque é exatamente o poder legislativo

¹⁶⁷ FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

quem, por meio da construção dos enunciados, confere a margem de interpretação que poderá ser realizada pelos outros poderes, inclusive pelo judiciário.¹⁶⁸ Ainda que o judiciário, ao criar as normas jurídicas a partir dos enunciados legislativos, desagrade a vontade popular, cabe a ele, por seu representante, alterar o enunciado por outro que lhe pareça mais conveniente, bem como confira interpretação diversa.

O Código Tributário Nacional¹⁶⁹, por exemplo, instituído em 1966, teve seus artigos interpretados pela jurisprudência no sentido de que o início do prazo prescricional de cinco anos para a repetição de indébito começaria a fluir apenas após a sua homologação, expressa ou tácita, o que poderia estender o período por até dez anos¹⁷⁰. No entanto, insatisfeito com a interpretação (e portanto, a norma) desenvolvida pelo poder judiciário, o legislativo editou a Lei Complementar nº 118, que conferiu nova redação aos artigos cujos enunciados foram interpretados para gerar a norma em referência. Em síntese, o Legislativo editou enunciado, que foi interpretado pelo judiciário em um sentido. Insatisfeito com a interpretação, o Legislativo alterou o enunciado, de forma a impedir a manutenção da interpretação.

¹⁶⁸ Exemplificativamente, o legislador, ao estabelecer o prazo para o exercício de certo direito, pode fazê-lo de forma rígida, em dias, não conferindo qualquer margem de interpretação ao aplicador ou ao judiciário. No entanto, também pode usar um conceito mais ou menos indeterminado, como a “reputação ilibada” e “urgência”.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei nº 5.127 de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. In: **Vade Mecum Op.**

Cit

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Empréstimo compulsório sobre consumo de combustíveis. Decreto-lei n. 2288, de 23-7-86, art. 10. Repetição do indébito. Direito a restituição. Media de consumo. Decadência. Prescrição. Contagem do prazo. Não caracterização. I- declarado inconstitucional o art. 10 do decreto-lei n. 2288, de 1986, pelo excelso pretório, não lhe nega vigência o acórdão que Deixa de aplicá-lo. II- ao determinar que a restituição se faça pela media do consumo, Critério estabelecido pelo par-1. Do art. 6. Do decreto-lei n. 2288, De 1986, o aresto recorrido, antes de negar vigência ao art. 165, i, Do código tributário nacional, decidiu de acordo com o seu espírito, Impedindo que o estado se locuplete, indevidamente, a custa do Contribuinte. Dissídio pretoriano configurado, no tópico. III- o tributo, a que se denominou empréstimo compulsório, esta Sujeito a lançamento por homologação, não se podendo falar antes Desta em credito tributário e pagamento que o extingue. Não tendo Ocorrido a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só ocorrera apos o transcurso do prazo de cinco anos, contados da Ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados Daquela data em que se deu a homologação tácita, isto e, em 1996, Quanto aos fatos impositivos mais remotos. IV- mesmo que se conte o prazo para a ação de restituição a partir Da decisão plenária do supremo, que declarou a inconstitucionalidade Do art. 10 do decreto-lei n. 2288, de 1986, o transcurso do prazo Quinquenal só ocorrera em fins de 1995. V- admitida a devolução pelas medias, há. de se considerar, para fins De calculo da correção monetária, as quantias e meses fixados nas Sucessivas instruções normativas da secretaria da receita federal, Fixando os critérios de resgate da exação. Aplicação da sumula n. 46 - TFR. Vi-recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido. Fazenda Nacional e Édison Santos Machado e outros. Relator: Pádua Ribeiro. 4 mai. 1994. DJ 23 mai. 1994 p. 12595 e RSTJ vol. 59 p. 405.

A vontade popular também fica resguardada do humor dos juízes em decorrência da relativa rigidez do texto constitucional, cujos enunciados constituem limites praticamente intransponíveis à interpretação. Assim, enquanto o texto de um enunciado infraconstitucional pode ser interpretado de forma até contrária ao seu sentido literal, tal exegese ocorre de forma menos radical em se tratando dos enunciados que integram a Constituição. Em tais casos, a referida mitigação exegética é até admitida, como já mencionado, no entanto com limites mais rígidos, e sempre visando a unidade lógica e filosófica do texto, mormente em prestígio aos direitos fundamentais.

O derradeiro sentido explora seara ainda menos desenvolvida da interpretação. Partindo da afirmativa que o exegeta deve ter como objeto de interpretação apenas o texto positivado, surge a indagação acerca de qual lei utilizar. A primeira resposta, e mais simplória, conduziria à resposta de que a lei a ser utilizada deveria ser aquela sobre a qual se está trabalhando, o suporte físico que expressa os enunciados referentes ao caso sobre o qual se busca solucionar.

Tal orientação, pueril, conduz invariavelmente a duas injustiças cuja gravidade é até impossível de se ordenar. A primeira delas consiste em, sob o pretexto de se interpretar um enunciado, buscar tão-somente o seu significado dentro de uma frase, oração, artigo, capítulo, lei, ou mesmo dentro apenas de um subsistema do direito. Interpretação realizada por este procedimento certamente será falha, praticamente imprestável para o direito. A segunda é, com o intuito de fazer justiça, ultrapassar os limites da interpretação e do enunciado, usurpando a função legislativa, em prática veementemente criticada por Larenz:

Só o texto da lei se reveste da autoridade de ter sido ordenado pelo legislador. O que deixa de ser compatível com o texto, ou seja, com o sentido literal possível, não participa daquela autoridade. Seja qual for o sentido 'correto', tem que ser compatível com o sentido literal, se de 'interpretação' se pretende tratar. Para além deste limite o juiz não pode, por conseguinte, 'interpretar'.¹⁷¹

As respostas, contudo, estão equivocadas, eis que para compreender qualquer um dos mais simplórios sinais gráficos constantes do corpo de linguagem, é necessário

¹⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. Cit. p. 369.

que o intérprete tenha conhecimento do sistema como um todo ou, principalmente, do sistema dos direitos fundamentais.

Portanto, para que o exegeta possa interpretar qualquer dos enunciados constantes no ordenamento jurídico, é necessário que ele tenha em mente os basilares princípios que norteiam o sistema, como a isonomia, dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade, por exemplo.

Assim, ao se interpretar um enunciado é necessário levar em consideração e conhecer todo o ordenamento jurídico, especialmente os direitos fundamentais, para que a eles seja atribuído o seu correto sentido e alcance.

Ávila ilustra esta situação quando utiliza o caso de uma pequena fábrica de sofás que, para fazer jus a regime tributário específico, não poderia realizar importações. Não obstante a proibição, foi comprovado que a empresa, uma única vez, realizou a importação de quatro pés de sofás. A aplicação da regra isoladamente levaria à conclusão de que a empresa deveria ser excluída do regime. No entanto, empregando-se a razoabilidade como equidade ao caso em tela, o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão de que não seria o caso de se excluir a empresa do regime tão-somente pela acidental importação de um jogo de pés de sofá¹⁷², uma vez que tal transgressão, por insignificante, não foi suficiente para distinguir a empresa das demais pequenas fábricas de sofás que não realizam importações.

O texto ou suporte físico não é algo pronto, acabado, estático, do qual só cabe uma interpretação mas, exatamente o contrário, matéria dinâmica, cuja vivacidade é descortinada pelo exegeta no momento da interpretação¹⁷³.

¹⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. Op. Cit. p. 106.

¹⁷³ FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. Op. Cit. p. 69.

2 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pelo já exposto, foi possível estabelecer a definição do conceito de norma, distinguindo-a de outras espécies que a elas se assemelham como, por exemplo, os enunciados não modalizados que, independente da forma com que são formulados, não contém qualquer mandamento. Também restou evidenciada a teoria pela qual a norma é uma enunciação, relativamente dissociada do enunciado, nos limites da interpretação, afastando os entendimentos pelos quais as normas coincidiriam com a expressão do emissor.

No entanto, conhecida a definição do conceito de norma, ainda é necessário escolher, dentre as diversas classificações existentes, aquelas às quais possam ser agrupadas a razoabilidade e a proporcionalidade, foco temático da pesquisa.

Muito além de um exercício acadêmico, a classificação das normas tem por escopo permitir que unidades possuidoras das mesmas características sejam agrupadas conjuntamente, para que desta forma, as espécies semelhantes possam ser apreciadas de forma unida, e as distintas, separadamente. A necessidade da classificação das normas não é recente, muito menos apenas terminológica, e decorre da necessidade científica de, havendo fenômenos, jurídicos ou não, distintos, adotar designações igualmente distintas, o que serve, colateralmente, como meio de controle da atividade estatal.¹⁷⁴

Partindo da já desposada teoria das normas, para a sua classificação não será levado em consideração o corpo de frases ou mesmo enunciados que integram as proposições a partir das quais são interpretadas, mas sim a significação surgida no intelecto do intérprete pela análise delas, ou a norma em si. O já mencionado enunciado “o barulho atrapalha a leitura” geralmente afixado nas bibliotecas, não possui qualquer conteúdo deontico expresso, muito embora possa ser interpretado,

¹⁷⁴ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo – RDA n. 215, fls. 151-179, Rio de Janeiro: Renovar, Janeiro-março/1999.

pelo exegeta, como um mandamento de não fazer barulho, ou manter o silêncio. Muito embora tal ordem não seja imediatamente acompanhada de uma consequência, nada impede que, perquirindo-se o ordenamento como um todo, seja possível localizar uma sanção relacionada à conduta “atrapalhar a leitura”.

Talvez seja esta a maior aplicação dos enunciados descritivos para o direito, qual seja declarar uma situação de fato, a fim de que esta possa ser subsumida ou não a uma determinada hipótese. Por exemplo, quando a Constituição afirma, em seu artigo 6º que: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹⁷⁵ declara o que vem a ser os ditos “direitos sociais”, sem nada prescrever.

Contudo, a referida declaração é de extrema relevância para o direito, uma vez que cristalizou o rol mínimo dos direitos sociais, irredutível, e que devem ser tratados de forma semelhante. A afirmativa permite que o intérprete possa, a cada vez que for mencionado o termo “direitos sociais” conhecer o seu conteúdo angusto. De forma inversa, ao inserir tais direitos sob o manto dos “direitos sociais” submeteu todos ao mesmo regime, impedindo que qualquer intérprete os discipline de forma diversa.

Tratando de classificação das normas, admite-se ampla partição do gênero em diversas espécies, todas elas aprioristicamente válidas, mas cuja utilidade para a ciência do direito dependerá da ótica sobre a qual será realizado o estudo pois, como lembra Ferraz Junior¹⁷⁶, as classificações das normas não obedecem a critérios rigorosos, sendo eles diversos e tópicos, surgindo em face de necessidades práticas, com o especial intuito de resolver problemas referentes à sua ordenação, como também destaca Ávila:

A forma como as categorias são denominadas pelo intérprete é secundária.
A necessidade de distinção não surge em razão da existência de diversas

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 6º.

¹⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit. p. 123.

denominações para numerosas categorias. Ela decorre, em vez disso, da necessidade de diferentes designações para diversos fenômenos.¹⁷⁷

Para fins epistemológicos, será conferida ênfase apenas aos critérios de classificação empregados para o desenvolvimento da pesquisa, em abstração às demais.

O objetivo do presente capítulo é, portanto, mediante a classificação das normas jurídicas em suas diversas espécies, demonstrar o papel de cada uma delas na formação das demais por meio da interpretação. Para tanto, foi necessário elencar as referidas espécies, como a mecânica do ordenamento, especialmente no que concerne à manutenção e supressão da eficácia das normas diante de outras.

2.2 PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.2.1 Normas de conduta e normas de estrutura

Foi possível constatar que, apesar da diversidade de espécies que podem ser classificadas as normas, todas elas contêm uma mesma estrutura comum, qual seja a implicação lógica de uma consequência sempre que praticado, no mundo fenomênico um fato que corresponde às notas traçadas em sua hipótese. A variedade de categorias de normas combina com o número de categorias de enunciados a partir dos quais elas podem ser interpretadas, que não obrigatoriamente coincidem-se. Ao tratar do assunto, Ferraz Junior¹⁷⁸ salienta que as normas são imperativos despsicologizados ou, em outras palavras, comandos onde não é possível identificar o comandante ou o comandado, com ênfase no fato de que os mandamentos normativos nem sempre se identificam com comandos lingüísticos, podendo ocorrer que, como já mencionado, um mandamento declarativo possua, na verdade, um conteúdo prescritivo.

Dentre as várias espécies de normas, para fins da pesquisa merecem destaque as normas de estrutura que, em classificação que leva em consideração a sua função no ordenamento jurídico, diferem-se das normas de conduta. Isto porque, enquanto estas buscam determinar um certo procedimento, ou atitude, aquelas servem para

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Op. Cit. p. 17.

¹⁷⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit. p. 116.

disciplinar a criação de outras normas¹⁷⁹, em definições que foram desenvolvidas por Hart. Ao classificar os mandamentos jurídicos ele inicialmente os divide em normas que, como as penais, estabelecem obrigações e deveres: “Aqui, igualmente, as regras que determinam quais os tipos de conduta que constituem os factos [sic] ilícitos fundamento de acção [sic] judicial são referidos como impondo às pessoas, independentemente de seus desejos, ‘deveres’...”¹⁸⁰. São as normas de condutas, que atrelam uma consequência à realização de um fato cujas notas fundamentais foram previamente descritas em uma hipótese, denominado por Hart por “...um tipo básico ou primário...”¹⁸¹

Existem assim normas que, ao invés de prescrever uma conduta a ser praticada, determinam a forma com que devem ser realizados certos atos, dentre os quais encontra-se a própria criação de outras normas, privadas ou públicas, como afirma Ferreira Sobrinho: “As regras jurídicas de estrutura prestam-se para fixar competências e para dispor sobre a edição de outras regras. Nas palavras de Juan Manuel Teran: ‘El derecho del derecho son las reglas que rigen el modo de creación permanente del derecho dentro de un sistema jurídico.’”¹⁸²

Tais normas de estrutura, ainda segundo Hart, podem ser divididas em espécies, sejam elas normas “... relativas à capacidade ou qualificação pessoa mínima...”¹⁸³, normas que “... pormenorizam a maneira e a forma pela qual o poder será exercido...”¹⁸⁴ e, finalmente, as normas que “... delimitam a variedade ou a duração máxima e mínima, da estrutura de direitos e deveres que os indivíduos podem criar através de tais actos jurídicos.”¹⁸⁵ Estas Hart predica como “... parasitas ou secundárias em relação às primeiras...”¹⁸⁶. Justifica tal denominação pelo fato de que tais normas servirem para a criação das normas ditas primárias, atribuindo

¹⁷⁹ “Outras, paralelamente, dispõem também sobre condutas, tendo em vista, contudo, a produção de novas estruturas deontico-jurídicas. São normas que aparecem como condição sintática para a elaboração de outras regras ...” CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência**. Op. Cit. p. 36.

¹⁸⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 35.

¹⁸¹ Ibidem. p. 91.

¹⁸² Cf. FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1996, p. 74.

¹⁸³ HART, Herbert L. A. Op. Cit. p. 35.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 35.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 36.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 91.

competências públicas e privadas, tornando possível a criação ou alteração de deveres e obrigações.

Tratando da já mencionada classificação proposta por Hart, Ferraz Junior¹⁸⁷ reparte as normas secundárias ou estruturais¹⁸⁸ em normas de câmbio, de adjudicação e de reconhecimento. Leciona que as normas estruturais de câmbio servem para superar o problema da estática do ordenamento¹⁸⁹, estatuidando procedimentos para que o sistema seja adaptável a situações novas, como por exemplo a atribuição de competências legislativas, ou mesmo das circunstâncias sob as quais tal competência pode ser exercida como no caso do artigo 62 da Constituição¹⁹⁰, que, por exemplo, atribui ao Presidente da República a competência para adotar medidas provisórias, em caso de relevância e urgência. Tal norma estabeleceu uma competência pessoal e circunstancialmente circunscrita, determinando quem, e em que condições pode ser utilizada a medida provisória, que é ainda mais esmiuçada nos parágrafos e incisos que integram o enunciado.

As normas secundárias de adjudicação, por sua vez, ainda segundo Ferraz Junior,¹⁹¹ são aquelas que determinam a competência para que seja aferida a realização do fato típico, bem como para a aplicação das conseqüências que a ela são relativas, podendo ser exemplificadas pelas normas processuais.

Finalmente, Ferraz Junior conclui que as normas estruturais de reconhecimento são utilizadas para eliminar a incerteza do ordenamento jurídico, "... estabelecendo critérios conclusivos para a identificação de qualquer norma como pertencente ou não ao conjunto."¹⁹² São exemplificadas pelas normas constitucionais que prescrevem direitos fundamentais que, por sua vez, excluem do sistema lógico do direito toda e qualquer outra norma ou interpretação que os violem ou, em outras palavras, que a eles se contraponham.

¹⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit. p. 124.

¹⁸⁸ O termo estrutural é tecnicamente mais preciso em relação ao "secundário", uma vez que este é constantemente empregado em contraposição a "primário".

¹⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit. p. 124.

¹⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 62: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional."

¹⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit. p. 124.

¹⁹² Ibidem p.124.

Neste sentido, equipara tais normas estruturais às normas construtivas ou técnicas aludidas por Duguit, com emprego na manutenção da unidade do ordenamento jurídico e garantia da sua preservação, especialmente no que diz respeito ao conflito entre as regras normativas. Silva¹⁹³ chancela a classificação desposada por Duguit embora dele discorde quanto à negativa de eficácia jurídica às normas técnicas. Segundo a separação desposada, todas as normas constitucionais diretivas técnicas, negar-lhes eficácia seria o equivalente a desobrigar os legislador infraconstitucional a obediência à própria Constituição: “os legisladores não estariam obrigados a seguir-lhes a orientação, pois não impõem ação nem omissão, e poderiam desrespeitá-las sem consequência.”¹⁹⁴

Ao tratar da classificação das normas e sua estrutura lógica, Silva rechaça a definição do seu conceito como um imperativo, exigência de ação ou de omissão ou ainda de um comportamento obrigatório, para adotar a noção mais elástica de mandamentos, que abrange comandos, imperativos, permissões e atribuições de poder ou competência. Conclui que “Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas”¹⁹⁵, eis que tratam-se de imperativos que estabelecem relação entre pessoas, criticando o entendimento de que a ausência de eficácia positiva direta e imediata retiraria de tais mandamentos a natureza de normas jurídicas.

Em relação à classificação¹⁹⁶ das normas em “de conduta” e “de estrutura”, a maior relevância reside no fato de ambas espécies estarem contidas, indistintamente, no conceito de normas, sujeitas a todas as radicais características aplicáveis ao gênero. Por esta razão, no fato de tanto as normas de conduta como as normas de estrutura estarem contidas no ordenamento por veículos introdutores distintos, em cronologia igualmente dispersa.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tiragem. Malheiros: São Paulo. p. 48.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 49.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 51.

¹⁹⁵ SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. in: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p 51.

¹⁹⁶ Cf. FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Op. Cit. p. 72 e seguintes.

A razoabilidade e a proporcionalidade, assim como outros princípios, podem ser consideradas normas de conduta, quando determinam que o aplicador não pode agir de forma irrazoável ou desproporcional, ou como norma de estrutura, quando estabelecem, ao legislador ou qualquer outro expedidor de normas, o dever de, ao criar qualquer outra norma, fazê-lo conforme seus cânones.

2.2.2 Normas implícitas e explícitas

Já se concluiu que as normas não surgem da letra da lei, nem dos enunciados, mas sim da atividade exegética realizada pelo intérprete a partir do corpo de linguagem, ou seja, do seu contato físico e intelectual com o meio pelo qual foram transmitidos. A implicitude da norma em relação ao enunciado já era tratado por Maximiliano, quando, afirmava que “o jurista, esclarecido pela hermenêutica, descobre, em código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto expresso.”¹⁹⁷

As normas, gênero que abarca as regras e os princípios, são enunciações, não se confundindo com o corpo a partir do qual foram interpretados, independendo da literalidade com que foram expressos os signos linguísticos sobre o qual a exegese se baseou. Isso significa que os princípios, na qualidade de normas, também não são direta e imediatamente extraídos dos enunciados, mas sim deles compreendidos pelo intérprete por meio da atividade exegética.

Assim, da mesma forma que existem normas ditas explícitas e implícitas, há também regras e princípios explícitos e implícitos (ou não enumerados, conforme Martel¹⁹⁸), seguindo as espécies a mesma classificação a que está sujeito o seu gênero.

Os princípios constitucionais explícitos são aqueles previstos precisamente em alguma disposição constitucional, da qual constituem seu significado. A Constituição de 1988 é riquíssima em princípios explícitos, podendo ser caracterizada como um texto constitucional de viés claramente principiológico.

[...]

Os princípios constitucionais implícitos são aqueles que não podem ser considerados como o sentido direto e imediato de alguma disposição

¹⁹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 5.

¹⁹⁸ Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade:** a linha decisória da suprema corte estadonuidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 201.

constitucional, sendo obtidos a partir de um exercício de descoberta de uma ou várias disposições que se constituem em casos de aplicação ou especificação de tais princípios. Por meio de um exercício lógico e axiológico de analogia, são obtidos determinados princípios que, embora não expressamente dispostos no texto da Constituição, integram implicitamente o ordenamento constitucional.¹⁹⁹

A explicitude de uma norma relaciona-se diretamente com a precisão linguística atribuída pelo emissor ao enunciado, bem como a estreiteza de sua relação com a enunciação que foi construída a partir dele²⁰⁰. A explicitude também pode levar em conta o fim que o legislador desejou atingir quando da atividade de enunciação.

No direito constitucional brasileiro é possível citar o exemplo do devido processo legal como princípio expresso no ordenamento jurídico, que se encontra positivado no artigo 5º, inciso LV da Constituição²⁰¹. Por outro lado, os princípios da boa-fé, da não surpresa tributária e da certeza do direito, são exemplos de princípios implícitos, não podendo ser extraídos diretamente de um enunciado.

No entanto, um enunciado pode ser considerado expresso para a interpretação de uma norma, e implícito para outra. É o caso, por exemplo, da já mencionada norma que confere imunidade aos “templos de qualquer culto”²⁰², expressamente decorrente do enunciado do art. 150 VI, b da Constituição “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir impostos sobre templos de qualquer culto”. Ocorre que as normas que vedam a tributação dos veículos das igrejas, bem como das casas paroquiais também decorrem do mesmo enunciado, embora de forma implícita.

A implicitude ou explicitude de uma norma em relação ao enunciado a partir do qual foi interpretada em nada altera o seu status, a sua força ou mesmo a certeza na aplicação do direito, pois o que importa é a interpretação conferida ao texto, e não

¹⁹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2007. p. 113.

²⁰⁰ Por esta razão Paulo de Barros Carvalho utiliza a denominação “enunciados expressos” e “enunciados implícitos”, estes últimos obtidos por derivação lógica daqueles, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Op. Cit. p. 109.

²⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 5. inciso LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

²⁰² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]VI - instituir impostos sobre: [...] b) templos de qualquer culto; In: Ibidem.

ele em si. Neste sentido Sarmiento destaca que “... inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos. Estes podem concorrer com aqueles em casos concretos ...”²⁰³ e eventual colisão deve ser solucionada mediante ponderação.

Sarmiento, ao discorrer sobre a plena possibilidade da existência de princípios constitucionais implícitos, destaca que eles são frutos “... de um trabalho de descoberta e não de pura invenção.”²⁰⁴ na qual a doutrina apóia a jurisprudência que, por sua vez, revela “princípios latentes no ordenamento”²⁰⁵. No entanto, destaca que tal trabalho deve ser realizado de forma criteriosa e responsável, eis que “... o intérprete não pode, ao seu bel-prazer, criar princípios do nada, máxime no plano constitucional, onde os princípios tornam-se vinculantes para o legislador eleito.”²⁰⁶

Aliás, existem enunciados extremamente precisos, sob o ponto de vista lingüístico, mas que não geram significações correspondentes àquelas que a interpretação literal a eles atribuiria, ou que o senso comum aparentemente levaria a formar. Isso tudo porque, como já mencionado, o enunciado é tão-somente o marco inicial da interpretação, que deve ser realizada com o emprego de diversos outros artifícios como, por exemplo, a referência ao sistema na qual está inserida.

Tal explicação fundamenta a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de apenas uma das diversas normas criadas a partir de um determinado enunciado, naquilo que se denomina por interpretação conforme a Constituição. Neste caso, não se declara a inconstitucionalidade do enunciado, mas apenas de uma das significações que a partir dele pode ser criada, como afirma Müller²⁰⁷: “Segundo o princípio da interpretação conforme a constituição, uma lei, cuja inconstitucionalidade não chega a ser evidente, não pode ser declarada nula enquanto puder ser interpretada em consonância com a Lei Fundamental.”, como também compreende Palu:

²⁰³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Op. Cit. p. 54.

²⁰⁴ Ibidem p. 53.

²⁰⁵ Ibidem. p. 53.

²⁰⁶ Ibidem p. 53.

²⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. Op. Cit. p. 31.

Mas quando o Supremo Tribunal Federal atribui a um texto um sentido conforme a Constituição, expungindo interpretações que levem a regras inconstitucionais, ou extirpando-as, no caso de impossibilidade da atribuição de sentido constitucional, está admitindo que o objeto do controle é a norma, não simplesmente o texto da lei.²⁰⁸

Carvalho, ao discorrer sobre a eficácia dos preceitos jurídicos, menciona a existência de normas que, não obstante a sua invalidade ou imperfeição, são eficazes, dotadas da dita eficácia social, caracterizada pelo seu espontâneo cumprimento pela coletividade, muito embora a sua obediência não pudesse ser juridicamente exigida. Desta forma, resta irrefutavelmente demonstrada a dissociação, ou ao menos a não associação infalível e automática entre a norma e o enunciado sobre o qual o intérprete se baseou para criá-la.

A classificação das normas em implícitas ou explícitas diz respeito não à possibilidade de existirem normas independentes de interpretação²⁰⁹, mas tão-só no maior ou menor grau de relação existente entre o significado usualmente conferido ao significante e a significação a ela atribuída.

Bobbio reconhece que aos princípios é indiferente o fato de que sejam positivados de forma expressa ou não no ordenamento jurídico, uma vez que, de qualquer forma, são mandamentos criados pelo intérprete a partir de enunciados, concentrados ou difusos em um determinado diploma legal.

ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que comumente se chama o espírito do sistema.²¹⁰

Assim como o intérprete não vê diferença ente um enunciado expresso ou implícito, quando do exercício da atividade exegética tendente a construir uma norma jurídica, este também não pode prescindir da interpretação quando da formulação de uma

²⁰⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 8.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 263.

²⁰⁹ “curioso notar que na conformidade dessas premissas será redundante falarmos em ‘normas implícitas’, posto que essas entidades estão necessariamente na implicitude dos textos, não podendo haver, por conseguinte, ‘normas explícitas’” Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 159.

norma a partir de um enunciado claro, como preconiza o brocardo *“in claris cessat interpretatio.”*

Da forma já exposta, para a criação de toda e qualquer norma é necessário um suporte físico a partir do qual o intérprete inicia a sua atividade. Tal corpo de linguagem é, contudo, tão-somente o ponto de partida, e não o de chegada, da interpretação. Isto porque muitas vezes o emissor, ao expedir o enunciado, não o faz de forma tecnicamente correta, podendo levar a proposições discrepantes com o sistema no qual está inserido.

No entanto, não são raras as obras jurídicas que preconizam o já referido adágio por meio do qual “a interpretação é vedada quando claro o texto do enunciado”, “disposições claras não comportam interpretação”, “lei clara não carece de interpretação” ou, finalmente, *“in claris cessat interpretatio”*. A afirmativa é reforçada pelo conceito lembrado por Maximiliano, para quem *“Cum in verbis nulla amiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”* ou, no vernáculo, “Quando nas palavras não existe ambigüidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção”.

Ocorre que, muito embora largamente difundidas, tais máximas não foram objeto de rigorosa pesquisa, que seriam suficientes para demonstrar a sua inaplicabilidade no direito em geral. A máxima de Paulo, embora empregada como bastião à interpretação dos enunciados 'claros' em geral, segundo Maximiliano²¹¹, foi destinada originalmente aos testamentos, revelando um respeito à última vontade, evitando que fosse modificada a sua essência. Nesse caso, restaria sopesado o direito à disponibilidade do *de cuius* aos seus bens, em detrimento do interesse geral pela interpretação dos enunciados.

Até porque, como curiosamente lembra Maximiliano²¹², o brocardo *“in claris cessat interpretatio”*, apesar de redigido em latim, não encontra suscedâneo no direito romano. Muito pelo contrário, afirma que o direito romano dispunha de forma diametralmente oposta, preconizando a imperiosa necessidade da interpretação

²¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 34.

²¹² Ibidem p. 34.

mesmo diante da clareza do enunciado, conforme adágio “*quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio jus*”²¹³ ou “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva.” Finalmente, merece destaque o ensinamento de Celso, para quem “*scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” - “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém sua força e poder.”²¹⁴ como também afirma Torres.²¹⁵

Confirma-se, mais uma vez, a dissonância existente entre o enunciado lingüístico produzido por meio da atividade de enunciação, e difundido pelo suporte físico, e a norma que a partir dele será construída após a sua exegese. Na maioria dos casos, a norma guardará semelhança com a interpretação literal dos enunciados, embora nada impeça que ela abarque apenas alguns dos seus aspectos lingüísticos, ou que a ele seja, enfim, contraditório.

A razoabilidade e a proporcionalidade não foram expressamente elencadas no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, mas podem ser reconhecidos como princípios constitucionais eficazes, eis que são interpretados a partir de outros enunciados de igual status.

A possibilidade de se admitir a existência de um princípio implícito decorre do grau de dissociação entre o enunciado e a norma que dele se interpreta. Seria perfeitamente possível afirmar que, diante da ausência de relação direta entre o enunciado e a norma, todas as normas seriam implícitas, uma vez que todas decorreriam da atividade exegética, tendo o enunciado como ponto de partida. Tal raciocínio seria por demais reducionista, e portanto inútil ao fim classificatório que se presta. Por outro lado, como toda norma tem como ponto de partida o enunciado, não seria errado afirmar que todas as normas são explícitas, eis que todas fundamentam-se em um enunciado, ainda que de forma tênue. Esta inteligência também culmina por inserir todas as normas em um só grupo, o que de igual forma torna inútil a classificação.

²¹³ Ibidem p. 34.

²¹⁴ Ibidem. p. 34.

²¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Op. Cit. p. 63.

Portanto, classificação de uma determinada norma em implícita ou explícita está diretamente relacionada ao grau de explicitude do enunciado a partir do qual ela se funda. Incontestavelmente, há normas diretamente referíveis de um enunciado, e outras em que tal relação é indireta, ou sutil.

No caso dos princípios implícitos, a possibilidade de seu reconhecimento é enrobustecida quando, no ordenamento jurídico, há regras que estabelecem condutas coaxiais às preconizadas pelo princípio que, muito embora não tenha sido expresso de forma direta, o foi de maneira implícita.

Reforça a possibilidade da existência do princípio implícito a sua declaração como tal pela doutrina e, principalmente pela jurisprudência, como acontece com a razoabilidade e a proporcionalidade, uma vez que, como mencionado alhures, é ele quem possui especial competência para ditar os limites da formação das normas a partir dos enunciados.

A digressão histórica que precedeu as presentes afirmações demonstra como ocorreu o desenvolvimento da razoabilidade e da proporcionalidade, evidenciando sua implicitude em razão da inexistência de um enunciado constitucional expresso, embora também não seja possível afirmar que tenham sido criados independentemente de qualquer fórmula legal, uma vez que o ordenamento brasileiro possui enunciados que orientam a interpretação no sentido das normas ora mencionadas.

2.2.3 As regras e os princípios

Não é objetivo do trabalho esgotar o homérico debate que envolve a classificação dos princípios como categorias normativas, muito menos repetir as incontáveis obras que já buscaram estabelecer distinções entre eles e as regras dentro do gênero “normas”²¹⁶. No entanto, será necessário adentrar no tema a fim de fixar premissas relevantes para a pesquisa, das quais merece destaque a função dos princípios no ordenamento jurídico.

²¹⁶ por todos, cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3 reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. p. 81 e seguintes.e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Op. Cit.

Ao tratar da classificação das normas, Carrazza lembra a lição de Ataliba, para quem o estudo das realidades que compõem o mundo, bem como do caráter lógico do pensamento humano, carece de abordagem sob critérios unitários, que buscam não apenas a propedêutica, mas também a cientificidade. Assim, torna-se viável o estudo, em conjunto, de unidades que possuem os mesmos elementos, eleitos como essenciais àquela classificação. O método, segundo o mestre, permite o reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrados em uma realidade maior e, reunidos sob perspectiva unitária, que recebe o nome de sistema²¹⁷. Em outras palavras, para Carrazza os sistemas seriam a “reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente”²¹⁸.

Tais sistemas possuem, em seu interior, focos de convergência, elementos que estabelecem a ligação entre o sistema e as unidades que o compõem, como pedras angulares de uma arcada, denominados princípios. Tais princípios, por sua vez, necessitam da equilibrada interação com todas as demais normas que compõem o sistema, buscando a formação de um todo pleno, unitário e harmônico.

Os princípios são os pontos de convergências de qualquer sistema, aglutinadores das idéias mestras das unidades de que são formados, elementos estruturais do sistema, condensadores da identidade dos seus átomos a partir dos quais é possível a compreensão de cada um dos indivíduos.

No sistema jurídico, os princípios realizam a relação entre ele e os seus elementos constituintes, tornando o que seria um aglomerado de enunciados em um ordenamento jurídico, conjunto estruturado de disposições composto de critérios hierarquia, valide e rigidez.

Parafrazeando Condillac²¹⁹, Carrazza descreve com precisão o caminhar do exegeta pelo sistema jurídico:

²¹⁷ ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Op. Cit. p. 4. apud CARRAZZA, Roque Antônio. Op. Cit. p. 31.

²¹⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. Op. Cit. p. 31.

²¹⁹ CONDILLAC, Étienne Bonnot de. Tratado dos sistemas. in: Os Pensadores, 2. ed. São Paulo: Abril, 1980. p. 103 apud CARRAZZA, Roque Antônio. Op. Cit. p. 34.

O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as idéias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as idéias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, na medida do possível, do conhecido para o desconhecido.²²⁰

Dworkin classifica as normas em princípios e regras, mas as distingue entre si pelo critério da sua estrutura lógica pois, enquanto as normas são aplicadas segundo o modo do tudo ou nada, com determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, conforme sua respectiva validade ou invalidade, os princípios não contêm com exatidão a conduta a ser realizada, servindo para atribuir uma dimensão de peso a outras normas.²²¹

É exatamente sob o critério teórico-estrutural do sistema jurídico que Alexy estabelece que a mais importante classificação das normas é aquela que as segregam em regras e princípios, bem como que tal classificação possui especial utilidade para o estudo dos direitos fundamentais, para quem ela constitui a base da fundamentação²²².

Alexy ressalta que a distinção constitui a base da fundamentação dos direitos fundamentais, sem a qual não é possível haver uma teoria adequada dos limites, da colisão, bem como do papel dos referidos direitos no sistema jurídico.²²³ Heck²²⁴, tratando das regras e princípios na colisão de direitos fundamentais assevera que a ordem jurídica constitucional é composta de regras e princípios.

De fato, tanto as regras como os princípios podem ser classificados como normas que, inseridas no ordenamento jurídico, passarão a ser denominadas jurídicas. Regras e princípios (independente de serem jurídicos ou não) são mandamentos

²²⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. Op. Cit. p. 34.

²²¹ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. p. 36.

²²² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 81 e seguintes.

²²³ Ibidem. p. 81 e seguintes.

²²⁴ HECK, Luis Afonso. **O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, v. 781, p. 71-78.

deônticos, ou seja, expressam um “dever ser modalizado”, em opinião que também é compartilhada por Canaris²²⁵, Habermas²²⁶, Alexy²²⁷ e Larenz²²⁸

Em outras palavras, tanto os princípios quanto as regras, ambas espécies de normas, são mandamentos que prescrevem determinada consequência (na norma secundária) para o caso da ocorrência, no mundo fenomênico, do fato cujas notas foram hipoteticamente traçadas na norma primária.

Portanto, a distinção entre princípios e regras cinge-se a uma distinção entre dois tipos de normas que, embora guardem diferenças que justificam a classificação em espécies distintas, possuem as mesmas características deônticas suficientes a agrupá-los sob o mesmo gênero, eis que demandam tratamento semelhante.

Canotilho também agrupa as regras e os princípios sob o gênero norma, distinguindo-os em razão do grau de abstração, do grau de determinabilidade, na importância para o sistema, bem como da proximidade com a idéia de direito,²²⁹ afirmando que os princípios são as normas que se situam na base do ordenamento. Para Alexy os princípios também estão ao lado das regras, classificadas dentro do gênero normas.

Fica afastada, portanto, qualquer controvérsia acerca da alegada semelhança dos princípios com os valores, máximas ou juízos, aproximando-os das regras enquanto espécies do mesmo gênero normativo. Admitindo-se que os princípios estão inseridos no gênero das normas, juntamente com as regras, atualmente o debate tem se concentrado sobre quais os critérios e os métodos podem ser utilizados para distinguir uma da outra.

Antes de iniciar a distinção entre as espécies normativas, é necessário estabelecer as suas características comuns, das quais merece destaque o fato de que ambas

²²⁵ CANARIS, Clauss Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 86 e seguintes.

²²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II p. 314-323.

²²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos Fundamentales**. Op. Cit. p. 138-147.

²²⁸ LARENZ, Karl. **Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1985. p. 14. e LARENZ, Karl. **Metodología da ciência do direito**. Op. Cit. p. 316.

²²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit. p. 565 e seguintes.

são normas, portanto enunciações surgidas no intelecto do intérprete a partir da leitura de enunciados jurídicos.

Também não é objetivo da pesquisa repetir tantos outros que já dedicaram relevantes e específicas obras à classificação das categorias normativas, mas tão-só utilizar tais critérios de classificação para demonstrar que, apesar de possuírem diferenças suficientes a ensejar a sua distinção, as regras e os princípios possuem características que justificam o seu tratamento sob esses aspectos, de forma semelhante.

Além do mais, tratando-se de normas, é forçoso admitir que tanto as regras quanto os princípios podem possuir conteúdo deôntico, ou seja, a mesma estrutura proposicional já descrita, composta de endonormas e perinormas, cada qual contendo uma hipótese e uma tese, ligadas entre si por um elemento implicacional.

Apesar de reconhecer a identidade das regras e princípios sob o gênero normativo, em oposição às políticas, Larenz²³⁰ afirma que as hipóteses e as teses dos princípios possuem grau de vagüidade maior do que o das regras, o que, segundo ele, lhes confere amplitude indeterminada, a ser apurada caso a caso, diante dos demais princípios que orientam o sistema, como também leciona Canaris:

... excedem [os princípios] os valores em termos de concretização, por já delinearem indicações sobre as suas conseqüências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade das regras, pois não têm delimitada, com a precisão necessária, as respectivas hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas.²³¹

Para Alexy, o critério mais freqüentemente utilizado para a distinção entre as regras e os princípios é o da generalidade²³², no que encontra apoio na doutrina de Maggiore, citada por Carvalho²³³. Para os que aceitam a teoria do grau de generalidade como critério de distinção entre as normas e os princípios, estes

²³⁰ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Op. Cit. p. 33 e seguintes.

²³¹ CANARIS, Clauss Wilhelm. Op. Cit. p. 86 - 87.

²³² O autor menciona as obras de RAZ, Joseph. "Legal principles and the limits of law" In: "The Yale Law Journal". CHRISTIE, G.C. "The Model of principles" In "Kuke Law Journal". Hughes, G. "Rules, Policy and Decision Making" In: "The Yale Law Journal" e SIMONIUS, A. "Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts" In: "Zeitschrift für Schweizerisches Recht".

²³³ "A generalidade dos princípios é maior do que as das demais normas jurídicas. Por isso, Maggiore, professor dos mais credenciados, diz que são "più che generali, sono generalissimi" (*Sui Principi Generali del Diritto*).” cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Op. Cit. p. 33.

seriam normas mais genéricas em relação às regras que, por sua vez, teriam um menor âmbito de aplicação. É o caso, por exemplo, do princípio constitucional da isonomia²³⁴ que, de forma geral afirma que “todos são iguais perante a Lei”, e as regras específicas que estabelecem diferenças entre homens e para mulheres, como condições de aposentadoria e outros benefícios.

Também o critério das normas criadas e desenvolvidas, bem como o da referência direta a uma idéia de direito ou a uma lei suprema encontram sua essência no critério da generalidade. Alexy arrola ainda outros métodos que podem ser utilizados para a distinção entre as regras e os princípios, como a determinação dos casos em que podem ser aplicados, o caráter valorativo explícito e a importância da norma para o ordenamento jurídico²³⁵.

Não obstante os valiosos trabalhos acerca dos princípios e das regras editados pela doutrina alemã de Esser²³⁶, Larenz²³⁷ e Canaris²³⁸, relevante contribuição para o estudo dos princípios enquanto normas decorra das lições de Dworkin, sucessor de Hart na Universidade de Oxford, professor apontado como autor das lições que serviram como ponto de partida para a teoria de Alexy.

Dworkin, em suas críticas à escola positivista, questiona a forma por ela adotada para a solução dos conflitos entre as normas, distinguindo as suas espécies em

²³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. “Art. 1º. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Art. 5, inciso II: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit, p. 84.

²³⁶ Ávila assevera que ESSER, Josef, em sua obra *Grundsatz und norm In der richterlichen forbildung des privatrechts*. entende que princípios são normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, utilizando como fundamento não apenas o seu alto grau de abstração, como também a sua função de fundamento normativo para a tomada de decisão. cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios** Op. Cit. p. 27.

²³⁷ Para LARENZ os princípios são pensamentos que dirigem um mandamento jurídico real ou virtual, mas que não são susceptíveis de aplicação direta, por lhes faltar o caráter formal de proposição jurídica, ou seja, a relação direta entre uma hipótese e um conseqüente. Para Larenz, os princípios não seriam normas, mas tão somente um indicador ou apontador da direção da norma a ser encontrada ou, em outras palavras, um primeiro passo para a interpretação da regra. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. Cit. p. 474.

²³⁸ Segundo CANARIS, as regras seriam distintas dos princípios em razão da explicitude do conteúdo axiológico, da necessidade de regras para a concretização, bem como da necessidade de processo dialético para o recebimento do conteúdo de sentido dos princípios, conforme leciona em sua obra *“Systemdenken und systembegriff In: der jurisprudenzen”* p.50, 53 e 55, apud ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios** Op. Cit. p. 28.

razão da forma utilizada para resolver as antinomias, lecionando que os princípios possuem dimensão de peso e, em caso de colisão, um princípio de maior peso se sobrepõe a outro, sem que isso signifique perda de validade, como ocorre com as regras.²³⁹

Ainda no intuito de distinguir as regras dos princípios, Alexy destacou três hipóteses possíveis: A primeira delas é de que todo o esforço para diferenciação das regras dos princípios é vão, eis que, diante da pluralidade de critérios existentes, facilmente poderia haver a hipótese de uma determinada norma ser classificada como regra por um e princípio por outro. A segunda tese é sustentada por quem entende que a distinção entre as regras e os princípios possui o grau de generalidade como critério decisivo.

Finalmente, Alexy apresenta aquela que entende como a mais acertada, ou seja, que a verdadeira distinção entre as regras e os princípios é meramente qualitativa, e reside no fato de que estes seriam mandados (proibição ou permissão) de otimização.

Os princípios, para Alexy, seriam normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das limitações jurídicas e reais. Neste caso, o âmbito das possibilidades reais é determinado pela possibilidade, fática, do cumprimento da norma jurídica, enquanto o âmbito da possibilidade jurídica encontra limite nos princípios e regras que a elas são opostos ou colidentes²⁴⁰.

Tendo explicado os princípios, Alexy define o conceito de regras como normas que possuem um mandamento que podem ou não ser cumpridos²⁴¹. Assim, se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela preceitua, nem mais nem menos, enquanto, por outro lado, se ela for inválida, não pertence ao sistema, portanto, não deve ter o seu mandamento obedecido.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33 e seguintes.

²⁴⁰ O próprio Alexy afirma que a definição do conceito de princípio foi por ele exaurida nas suas obras "Zum begriff des rechtsprinzips" em "Rechtstheorie, beiheft", 1979, p. 79, assim como na sua conferência "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien" no 11º Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social, Helsinki, 1983, tudo conforme a nota de rodapé nº 22 de ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 86.

²⁴¹ "... las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas ou no." cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 87.

Entretanto, para Alexy, tanto os princípios quanto as regras contêm determinações no âmbito do factualmente e juridicamente possível, e constantemente as regras ordenam um determinado grau de conduta, como, por exemplo, um certo nível de cuidado e atenção para a prática de um ato. A partir de então, pode-se questionar se, no mundo fático, foi ou não satisfeito aquela medida, em indagação característica das regras.

O autor destaca que a solução por ele sugerida é semelhante à que Dworkin propõe em sua obra, mas dela se afasta em razão da já proclamada caracterização dos princípios como mandados de otimização. A doutrina de Alexy também converge com a de Dworkin ao elencar os princípios e as regras como, além de espécies normativas distintas, únicas, em exclusão de qualquer outra. No que tange à distinção das regras e dos princípios como uma questão qualitativa, e não gradativa, os ensinamentos de Alexy aproximam-se dos de J. Esser.²⁴²

Ávila²⁴³, por sua vez, admite que além das normas há postulados normativos, que encontram-se situados em segundo grau, estabelecendo a estrutura de aplicação de princípios e regras. O postulado normativo, portanto, orienta a interpretação das normas, que por sua vez podem ser violadas ou não.

Ommati, interpretando a doutrina de Alexy, adota o entendimento de que os princípios, apesar de serem por ele denominados conceitos deontológicos eis que são ligados a um dever ser modalizado, aproximam-se sobremaneira dos valores, que por sua vez são conceitos axiológicos, chegando a, eventualmente, confundirem-se. Segundo o autor, o próprio Alexy não saberia especificar a diferença entre os princípios e os valores, já tendo, inclusive, equiparado os conceitos²⁴⁴. Arrima sua afirmativa em fragmentos da própria *“Teoría de los*

²⁴² Ibidem p. 87.

²⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. Op. Cit. p. 88.

²⁴⁴ “de acordo com Alexy, princípios jurídicos e valores são diferentes e, para isso, o autor usa da distinção de Von Wright entre conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos. [...] No entanto, poucas páginas depois, e como que se esquecendo da diferença que havia traçado entre conceitos deontológicos (princípios jurídicos) e axiológicos (valores), Alexy os aproxima, identificando-os.” cf. OMMATI, José Emílio Medauar. **O princípio da proporcionalidade e a constituição como ordem concreta de valores**. In: Revista de direito Constitucional e Internacional. Ano 15, nº 58, Jan-mar 2007. p. 109-128. p. 115.

*derechos fundamentales*²⁴⁵, bem como da obra “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica.*”²⁴⁶

De fato, Alexy assevera que, diante do fato de que os princípios possuem algum conteúdo axiológico, característica típica dos valores, a colisão entre eles (princípios) pode coincidir com a colisão dos valores, vice-versa. No entanto, a coincidência entre os princípios e valores limita-se, segundo Alexy²⁴⁷, ao conteúdo axiológico de ambos, bem como a forma para a solução das suas colisões, sem que isso possa significar que princípios e valores se equiparam.

2.2.4 Definição do conceito de princípios

Ao discorrer acerca dos princípios, Carrazza²⁴⁸ lembra que o vernáculo decorre dos verbetes latinos “*principium*” e “*principii*”, significando começo, base, origem ou, visto de outra forma, o ponto de partida de um determinado processo, o patamar elevado facilitador da compreensão de algo, ou ainda a pedra angular de qualquer sistema.

O professor leciona ainda que os princípios foram introduzidos na filosofia por Anaximandro e empregados por Platão no sentido de fundamento do raciocínio. Por Aristóteles, foi utilizado como premissa maior de uma demonstração, vindo a ser definido por Kant como proposição integrante da premissa maior em determinado silogismo.²⁴⁹

²⁴⁵ “no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir em la argumentación jurídica del modelo de los valores em lugar del modelo de los principios”. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 139.

²⁴⁶ “Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse em la semejanza que tienen los principios com lo que se denomina ‘valor’. En lugar de decir que el principio de la liberdade de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decir-se que existe una colisión entre el valor de la liberdade de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa.” ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídico y razón practica*. In: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

²⁴⁷ Idem. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 138.

²⁴⁸ CARRAZZA. Roque Antônio. Op. Cit. p. 31.

²⁴⁹ Ibidem p. 30 - 31.

Por diversas vezes Larenz²⁵⁰ demonstra que apesar dos princípios trazerem um conteúdo axiológico para o ordenamento jurídico, aproximando-se dos valores, não perdem a característica deontológica típica das regras, eis que prescrevem uma conduta a ser realizada (hipótese) ligada por um elemento implicacional a uma consequência (tese).

Torres, ao tratar dos princípios, os insere em posição intermediária entre os valores e as normas, servindo como “primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos a que se vinculam”²⁵¹, negando-lhe, contudo, a estrutura deontológica²⁵² que, segundo ele, é atribuível tão somente às normas. A aproximação dos princípios aos valores garante a sua flexibilidade, permitindo que sejam empregados em um maior número de casos do que as regras, garantindo a constante atualização do ordenamento jurídico, tornando-o adaptável às mudanças sociais, ideológicas e culturais decorrentes do tempo.

Criando distinção dentro da própria espécie jurídica, Larenz entende que nem todos os princípios podem ser tratados de forma semelhante, eis que possuem traços que os diferem uns dos outros. Para tanto, diferencia os princípios jurídicos abertos, ou seja, aqueles que podem ser resumidos a uma mera idéia jurídica diretiva, dos princípios com forma de proposição jurídica, que representam a concretização daqueles.²⁵³

A fim de explicar a posição e a função dos princípios no ordenamento jurídico, a doutrina costuma estabelecer metáforas das mais variadas espécies, equiparando-os às “raízes” ou “alicerces”²⁵⁴ do ordenamento, no sentido de que ambos geram sustentação e estabilidade, formando a base do sistema constitucional.

²⁵⁰ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Op. Cit. p. 316.

²⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: Vol V. O orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 122.

²⁵² “Os princípios não se confundem com as normas porque não possuem a estrutura destas, vale dizer, não se desdobram em hipótese e consequências nem permitem a subsunção direta de casos específicos.” Ibidem p. 128.

²⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. Cit. p. 674 - 682.

²⁵⁴ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Os princípios constitucionais. In: **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Cap. I, p. 21 – 66. p. 23 e seguintes.

Couture²⁵⁵, em seu vocabulário jurídico, define o conceito de princípio como “*un enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez general.*” Para ele, os princípios seriam o sentido que se extrai de diversas regras dirigidas em um mesmo sentido.

Comparato²⁵⁶ trata os princípios como normas que, por sua natureza, são anteriores e hierarquicamente superiores às demais e por tais razões, são a elas subordinadas. Semelhante é a doutrina de Reale que, enaltecendo a função exegética dos princípios em relação às demais normas do ordenamento, os define como enunciados lógicos inseridos no campo da significação, mas que condicionam, orientam e alicerçam a compreensão, aplicação, elaboração e a própria validade das demais asserções que compõem o campo do saber, e que, por esta razão, são considerados essenciais a toda forma de conhecimento filosófico ou científico.²⁵⁷ De forma semelhante, e também utilizando o critério exegético para definir os princípios, Carrazza assevera:

... princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.²⁵⁸

Enfrentando o assunto, Dantas também leciona no sentido de que os princípios “refletem a própria estrutura ideológica do Estado”²⁵⁹, representando os valores consagrados pela sociedade. Os princípios, contudo, não representam os valores, mas tão-só os concretizam, da mesma forma que fazem as regras, cada qual à sua maneira.

Alexy utiliza o caso das colisões entre os princípios e os conflitos entre as regras para confirmar a sua teoria acerca das distinções entre as espécies normativas. Terminologicamente, ressalta que não há consenso doutrinário acerca das

²⁵⁵ COUTURE, Eduardo. **Vocabulário jurídico**, apud CARRAZZA, Op. Cit. p. 33.

²⁵⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **Eficácia constitucional**. Revista de direito público. São Paulo: RT n. 98, p. 46-49.

²⁵⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 305.

²⁵⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. Op. Cit. p. 33.

²⁵⁹ DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. p. 59.

expressões 'colisões' e 'princípios', mas explica que faz uso da distinção para que fenômenos que embora parecidos, entende distintos, sejam tratados por vocábulos igualmente diversos. Explica que os conflitos de regras podem ser solucionados com a aplicação de uma cláusula de exceção, pela qual diante de duas regras incompatíveis, é possível a formulação de uma terceira regra, que condense os mandamentos de ambas²⁶⁰. Quando tal opção pela cláusula de exceção não for possível, ao menos uma das regras tem que ser declarada inválida, ou seja, eliminada do ordenamento jurídico, conforme a aplicação dos critérios para solução de antinomias, sejam eles o da hierarquia, que determina a preponderância da eficácia de uma norma hierarquicamente superior em relação a uma inferior, o da especialidade, pelo qual uma norma especial prevalece sobre uma norma geral e, finalmente, o cronológico, que reza a prevalência de uma norma mais moderna em relação a mais antiga.²⁶¹

Alexy destaca que mais importante em relação aos conflitos entre regras é o fato de que a decisão que determina a aplicação de uma determinada regra em detrimento de outra envolve sempre a questão da declaração da validade, pela qual a preterida é excluída do sistema jurídico.

Já em relação à colisão entre dois princípios, Alexy e Dworkin convergem suas teorias para determinar que a solução reside na ponderação entre eles, estabelecida em razão da função de cada um em casos concretos, e dos bens por eles salvaguardados, o que gera a prevalência, naquele caso, de um sobre o outro, sem que isso signifique a perda da validade de qualquer dos princípios.

Neste caso, o ponto crucial também tangencia a questão da validade das normas colidentes, só que, ao invés de uma ser declarada inválida, como ocorre com as regras, há apenas a declaração da prevalência, pontual, de um princípio em relação ao outro, sem que isso signifique a invalidade do que foi relativizado.²⁶²

²⁶⁰ O autor usa o exemplo de uma norma que proíbe a saída dos alunos de sala de aula, mas que obriga tal conduta em caso de disparado o alarme de incêndio, caso em que a norma resultante das duas anteriores seria a proibição dos alunos abandonarem a sala de aula, a não ser em caso de incêndio. Ibidem p. 86.

²⁶¹ Ibidem p. 88.

²⁶² Ibidem p. 88 e seguintes.

Assim, a solução do conflito de regras pressupõe a verificação da inclusão ou não da norma no sistema (e necessita, obrigatoriamente, da declaração da exclusão ou da invalidade de um deles), em uma dimensão de validade. Por outro lado, a colisão de princípios é solucionada dentro da mesma ordem, eis que embora colidentes, todos mantêm a sua validade e a dimensão, no caso, é a de peso.

Pautando-se nos conflitos e colisões entre as normas, Alexy distingue ainda as regras dos princípios em razão do diferente caráter “*prima facie*” que há entre eles, em estudo baseado nos ensinamentos de Ross, Baier, Hare, Ross, Searle e Hintikka.²⁶³

Os princípios, enquanto mandados de otimização, ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, no entanto, os mandados definitivos dos princípios são apenas ‘*prima facie*’, uma vez que a forma com que um princípio é aplicado em um caso não serve para afirmar que seja um resultado definitivo, ou seja, que deva ser aplicado da mesma forma para outros casos distintos.

Isto porque os princípios são fundados em justificações que podem ser deslocadas por outras justificações ou bens (que por sua vez alicerçam outros princípios) que a eles sejam opostas.

Os princípios não determinam a forma de solução para o conflito dos bens que os fulcram, nem sequer a sua relação com eles, razão pela qual é possível afirmar que carecem de conteúdo de determinação dos princípios que a eles são contrapostos (possibilidades jurídicas) e das possibilidades fáticas.

Já nas regras o conteúdo e o limite das possibilidades jurídicas e fáticas é explícito por meio da determinação de que se faça exatamente o que nelas é determinado. O não cumprimento dos mandamentos que nas regras válidas está ordenado decorre

²⁶³ W.D.Ross, “*The Right and the Good*”, Oxford 1930, p. 19 ss e 28 ss; K.Baier, “*The Moral Point of View*”, Ithaca, NY/Londres, 1958, p. 102 ss; R.M.Hare, “*Moral Thinking*”, Oxford, 1981, p. 27 ss e 38 ss; Ross J. Searle, “*Prima Facie Obligations*” in: J.Raz (org) “*Practical Reasoning*”, Oxford, 1978, p. 84 ss e J. Hintikka, “*Some main problems of Deontic Logic*” in: R.Hilpinen (org) *Deontic Logic: “Introductory and Systematic Readings”*, Dordrech, 1970, p. 67 e seguintes. cf. nota de rodapé nº 53 constante em Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, Op. Cit. p. 98.

da referida impossibilidade jurídica (a necessidade de uma outra norma para regulamentar a regra em questão) ou fática (um mandamento física ou materialmente impossível), que podem conduzir à invalidade da regra. Finalmente, uma regra pode não ser cumprida em decorrência da sua incompatibilidade com alguns dos princípios que norteiam o sistema jurídico.

Afirma Dworkin²⁶⁴ que enquanto os princípios possuem justificativa apenas '*prima facie*', as regras são mandamentos binários e têm justificativas definitivas, que podem não ser cumpridas pelas razões já elencadas, mas tal limitação não é intrínseca à sua estrutura. As regras, portanto, só poderiam ser cumpridas ou não cumpridas exatamente conforme o mandamento nelas contido, em um tudo ou nada, enquanto os princípios apenas contêm uma justificativa que indica uma direção, mas da qual não decorre necessariamente em uma determinada decisão.

Alexy, a partir da teoria de Dworkin, evoluiu o entendimento acerca da justificativa '*prima facie*' dos princípios e definitiva das regras para afirmar que, para as regras, é necessário um modelo diferenciado do que o outrora proposto, no qual é possível introduzir nas regras uma cláusula de exceção, que pode se fundar em um princípio. Neste caso, a regra perde o seu caráter definitivo (ou binário) para a decisão do caso.

Afastando-se de Dworkin, Alexy afirma que é impossível enumerar as cláusulas de exceção que podem ser introduzidas nas regras sobre a base de princípios, embora seja concebível um sistema jurídico que proíba a limitação das regras por cláusula de exceção.

Portanto, quando a uma regra é acrescentada uma cláusula de exceção, perde o caráter definitivo do mandamento, para adquirir um fundamento '*prima facie*', semelhante ao dos princípios, embora não idêntico.

Isto porque um princípio é relativizado quando, em um determinado caso a se decidir, há um princípio oposto com um peso maior. Já em relação às regras, a

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. Cit. p. 38 e seguintes.

relativização ocorre quando, em oposição a ela há um princípio oposto com maior peso do que aquele no qual se apóia a regra.

Além disso, tratando da influência de princípios sobre outras normas, merecem cautela os ditos princípios formais, ou seja, aqueles que determinam a obediência irrestrita às regras em detrimento dos princípios. Isto porque, enquanto redutores da eficácia dos princípios em prol das regras, quanto mais força tiverem os princípios formais, maior será o caráter 'prima facie' das regras, e mais rígido²⁶⁵ será o ordenamento jurídico.

Por outro lado, conferir pouca ou nenhuma força aos princípios formais tornaria o sistema por demais brando, ou elástico, o que acarretaria o fim da validade das regras (eis que elas necessitam de rigidez, são mandamentos cristalizados), a quem seria atribuído o mesmo critério 'prima facie' dos princípios.

Da mesma forma que as regras, quando perdem ou têm mitigado o seu critério definitivo, não adquirem o caráter 'prima facie' dos princípios, estes não ganham o caráter definitivo das regras pelo reforço do seu caráter 'prima facie', por meio da introdução de carga de argumentação em favor de determinados princípios ou espécies de princípios.

O referido fenômeno da inserção de carga de argumentação aos princípios ocorre frequentemente quando, por exemplo, se atribui valoração ao princípio da dignidade de pessoa humana ou da supremacia do interesse coletivo sobre o individual. Com a adição de tal carga, os princípios passam a ter um caráter 'prima facie' com a definitividade que os assemelham mais às regras que aos princípios, em sua definição clássica.

Conclui Alexy que, diante das diferenças entre um princípio apoiado por uma regra que lhe atribui carga de argumentação, e uma regra sustentada por um princípio, esta é essencialmente mais forte do que aquela. Assim, as regras e os princípios não se diferem apenas quanto ao seu caráter 'prima facie', mas também da forma

²⁶⁵ Alexy menciona os conceitos de ordenamento jurídico 'duro y brando', com fundamento na doutrina de O. Behrends, cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales** Op. Cit. p. 100, nota de rodapé nº 58.

com que eles se comportam à luz das diferenciações entre as variações de definitividade e '*prima facie*'.

Conclusivamente, segundo a doutrina de Alexy, fundada na teoria alemã e anglo-americana, as normas são mandamentos que podem ser classificados em regras ou princípios, apenas. Tal classificação, contudo, não é pacífica, inclusive em sua pertinência e, para os que a entendem possível, ainda assim são extremamente tormentosos os critérios a serem utilizados para distinguir as regras dos princípios.

Partindo da já mencionada premissa de que as normas são significações construídas a partir de enunciados, bem como de que a atividade exegética é fundamental para a sua elaboração, Ávila afirma que os enunciados não podem ser utilizados como critérios primordiais para afirmar se as normas que dele decorrerão serão regras ou princípios. Isto porque, segundo ele, os princípios possuem apenas uma dimensão de peso, omitindo-se quanto às conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras, que contém uma precisa determinação da exata conduta a ser praticada²⁶⁶, naquilo que Alexy denomina por diferença quanto à obrigação, ou critério do "caráter hipotético-condicional".

Em outras palavras, as regras possuem a já mencionada estrutura implicacional que relaciona a hipótese à conseqüência, predeterminando a decisão, baseada no modo "se, então". Os princípios, por sua vez, não possuiriam uma conseqüência pré-determinada para o cumprimento ou descumprimento do antecedente, limitando-se a indicar o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, posteriormente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto.

Em primeiro lugar, esse critério é impreciso, pois o conteúdo de qualquer norma depende de possibilidades que serão verificadas no caso concreto; em segundo, a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso, não pode representar o elemento distintivo entre as duas espécies normativas; terceiro, mesmo que o legislador tenha formulado determinado dispositivo de forma hipotética, não significa que ele não possa ser havido pelo intérprete como princípio,

²⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. Op. Cit. p. 29.

intensificando ou deixando de intensificar a finalidade que entende deva ser alcançada.

O critério “modo final de aplicação” consiste na aplicação de regras de modo absoluto, tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual, mais ou menos. Primeiramente, o modo de aplicação não está determinado no texto normativo, mas decorre de conexões axiológicas construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. A vagueza é elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, pois tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. “É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa”.²⁶⁷

Segundo o critério do “conflito normativo”, a distinção em questão dá-se nestas hipóteses que, no caso de regras, serão solucionadas com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, enquanto que com os princípios, o seu conflito será decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles. Em primeiro lugar, a ponderação não é método exclusivo da aplicação de princípios, sendo que ocorre também entre regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito; em segundo, as regras também podem ter seu conteúdo preliminar superado por razões contrárias ou exceções individuais, que podem inclusive não estar previstas no ordenamento jurídico, mediante um processo de ponderação de razões; e em terceiro, a atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como Estado de Direito, o que revela que regras podem ser tão gerais quanto princípios. Desta forma, há incorreção quando se enfatiza que somente os princípios possuem uma dimensão de peso, como também ocorre erro na afirmação de que os princípios possuem uma dimensão de peso; às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. O entrecruzamento entre dois princípios pode se dar nas seguintes hipóteses: princípios interdependentes; princípios que apontam para finalidades

²⁶⁷ Ibidem p. 41.

alternativamente excludentes; princípios parcialmente imbricados; princípios cuja realização não interfere na realização do fim estipulado pelo outro.

Conclui-se, portanto, que os princípios possuem relevante função norteadora do ordenamento jurídico, servindo como critério de interpretação para todas os demais enunciados constantes no sistema, influenciando tanto o emissor no momento da elaboração dos enunciados, como o exegeta, quando os interpreta, para a criação das normas.

Os princípios, como quaisquer outras normas, não são descobertos, mas sim criados pelo intérprete por meio da exegese, a partir dos enunciados expedidos pelas autoridades competentes, em atividade profundamente influenciada pelo meio social no qual ele está inserido, bem como da ideologia. Para a criação das normas, sejam elas regras ou princípios, o intérprete faz uso de todos os demais mandamentos contidos no sistema, em especial no subsistema de referência, bem como dos valores a que o expeditor fez menção e, principalmente, das enunciações enunciadas.

2.2.5 A evolução da aplicação dos princípios na interpretação do direito

No direito positivo, os princípios possuem uma função exegética clássica, seja ela a de servir como critério de interpretação para as lacunas normativas, como evidencia Limongi França em sua obra sobre os princípios gerais de direito, onde lembra que o código italiano de 1865 já prescrevia o emprego de tais princípios como critério de solução de algumas questões jurídicas:

Quando uma controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei, se terão em conta as disposições que regulam casos semelhantes e matérias análogas: quando, entretanto, o caso permaneça dúbio, se decidirá segundo os princípios gerais de direito²⁶⁸

A América do Sul seguiu a tendência da legislação italiana, e o Código Civil Uruguaio de 1868 menciona o recurso “aos princípios gerais de direito e às doutrinas mais acatadas, consideradas as circunstâncias do caso”²⁶⁹, como forma de solução

²⁶⁸ Cf. LIMONGI FRANÇA, **Dos princípios gerais de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 40.

²⁶⁹ *Ibidem*. p. 40.

de controvérsias, no que foi seguido pelo Código Civil argentino, que entrou em vigor em 1871 contendo, em seu artigo 16, a indicação do emprego “princípios Gerais de Direito, tomando-se em consideração as circunstâncias do caso”²⁷⁰. Citando o papel dos princípios gerais em diversos sistemas jurídicos, Limongi França lembra que “mesmo em países cujos Códigos silenciaram a respeito, a Doutrina se encarregou de dar a êsses [sic] princípios fôros [sic] de regra obrigatória”.²⁷¹

Como já mencionado, é impossível determinar o momento do nascimento de um objeto, inclusive cultural, sem um recorte epistemológico. Para efeitos didáticos, é possível afirmar que não obstante o Brasil haver empregado a legislação portuguesa enquanto não editava a sua própria, expressa indicação para a utilização dos princípios como critério de criação de outras normas e de exegese surgiu com a Constituição de 1824 que, em seu artigo 179, n. 18, ordenou a elaboração do Código Civil nos seguintes termos: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.²⁷²

Para concretizar o mandamento constitucional, foi publicado em 1860 o esboço de Teixeira de Freitas, que não contou com qualquer referência aos princípios. Com a desistência de Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo retomou o projeto, que foi aprovado pelo Decreto 5.164, de 11 de dezembro de 1872. O diploma determinava, em seu artigo 82, que os Princípios Gerais de Direito deveriam ser empregados como meio para a solução de conflitos, quando os demais fossem infrutíferos.

A Lei de Introdução ao Código Civil contemplou os princípios gerais do direito em seu artigo 7, derogado pelo Decreto lei 4.657/42, que os remeteu para o artigo 4 do texto atualmente vigente.²⁷³

Uma vez positivados como 'fontes do direito' pelo Decreto 5.164, os princípios, ou princípios gerais jamais deixaram de compor o ordenamento jurídico, afastando-se das significações jusnaturalistas que possuíam até então. No entanto, apesar de

²⁷⁰ Ibidem. p. 40.

²⁷¹ Ibidem. p. 97.

²⁷² BRASIL. (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> acesso em 7. ago. 2007.

²⁷³ BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. In: **Vade Mecum**. Op. Cit.

terem o status de normas, os princípios ainda eram vistos como fontes normativas secundárias ou subsidiárias, cujo emprego estava condicionado à obscuridade das demais normas, ou seja, quando elas não se mostravam suficientemente 'claras'. Bom exemplo é o artigo 108 do Código Tributário Nacional, editado em 1966, que preconiza a utilização dos princípios gerais de direito tributário e de direito público, respectivamente, sempre que na lei estivessem ausentes 'disposições expressas'.²⁷⁴

Atualmente, os princípios não mais podem ser analisados tão-somente como fontes subsidiárias do direito, ou uma espécie normativa a ser empregada diante da impossibilidade do emprego das regras, uma vez que no chamado "Pós-positivismo", ou "novo constitucionalismo"²⁷⁵, os princípios também deixaram de ser compreendidos como meros ideais, anseios, aspirações, ou locuções programáticas, para serem perfilados juntamente com as regras, sob o gênero de normas, quando passaram a ter papel ativo, mormente quando se admite que a norma em si é criada com a interpretação, que tem início com o contato com o enunciado, mas é realizada sob a pauta dos princípios que norteiam o sistema em foco.

Na qualidade de normas, os princípios são entendidos como enunciações dotadas de carga deôntica, de observância obrigatória que, sob a égide da CF/88 possuem relevante função exegética.

Ao interpretar as normas, há muito Bobbio²⁷⁶ já afirmava que o juiz não se limita a um processo meramente lógico, eis que, mesmo sem se dar conta, a decisão sempre era obtida por meio de avaliações pessoais e escolhas desvinculadas ao esquema legislativo. Tal assertiva, embora correta, merece complementação no que diz respeito ao sistema jurídico brasileiro, uma vez que se tratando do arcabouço capitaneado pela Constituição de 1988, não há qualquer necessidade do intérprete

²⁷⁴ BRASIL. Lei nº 5.127 de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. In: **Vade Mecum** Op. Cit. "Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade".

²⁷⁵ Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Op. Cit.

²⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone. 1999. p. 237.

afastar-se do ‘esquema legislativo’ pátrio para aplicar a justiça, a equidade, a razoabilidade e a proporcionalidade quando da interpretação das normas jurídicas.

Segundo Alexy, os princípios são utilizados para a interpretação do direito de três formas diferentes. Inicialmente, por suas características, são utilizados como mandado de otimização, ou seja, como indicador do grau com que deve ser cumprida uma determinada regra, tanto sob o ponto de vista prático ou concreto, como pelo teórico. Sob este aspecto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são extremamente úteis, uma vez que conferem às regras determinada concretude, diante de um caso prático, como é o caso, por exemplo, do princípio da irrelevância, que minimiza ou suprime a execução da tese normativa, quando a hipótese ocorre de forma igualmente insignificante.

Em razão da forma com que são solucionados os conflitos entre os princípios, por meio da ponderação, é possível confirmar a afirmativa de que eles são “mandados de otimização”²⁷⁷, uma vez que aplicáveis em diversos graus, variáveis de acordo com as outras normas que com eles colidem, especificamente. A colisão entre princípios é solucionada pela prevalência de um em relação a outro que, embora não perca a validade, é relativizado.

Para fins exegéticos, os princípios podem ser utilizados ainda como um “sistema de prioridades *prima facie*”²⁷⁸ para a interpretação das regras jurídicas. Isto porque, muito embora não exista uma ordem de prevalência entre os princípios, muito menos hierarquia entre eles, há uma “ordem débil”²⁷⁹ fundamentada na séria consideração do indivíduo, inclusive frente à sociedade. O referido sistema de precedência não oferece uma resposta pronta para a colisão entre os princípios mas, ainda conforme Silva, materializa um “ônus de argumentação em favor dos direitos de liberdade em detrimento de outros direitos e bens jurídicos”.²⁸⁰

Questão deveras interessante proposta por Alexy é a limitação da realização ou do cumprimento de preceitos contidos em um princípio por interferência de uma regra

²⁷⁷ Ibidem p. 86.

²⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert. p. Derechos individuales y bienes colectivos. In: **El concepto y la validez de derecho**. p. 207.

²⁷⁹ Cf. SILVA, Alexandre Garrido da. Op. Cit.

²⁸⁰ Ibidem.

R' que determina que uma regra R precede ao princípio P, em abstração à importância deste princípio. Diz-se, neste caso, que a regra R, que restringe o princípio P vale estritamente.²⁸¹

Outro caso é o do princípio P' que permite que o princípio P, diante de determinadas circunstâncias, seja deslocado ou restrito pela aplicação de uma regra R. Estas condições podem não estar satisfeitas quando no caso concreto a satisfação do princípio P é mais importante do que a do princípio Pr, que apóia concretamente a regra R. Neste caso, haveria a absoluta relativização do princípio P'.

O princípio P' atua quando, para a precedência do princípio P seja exigido não só que ele (P) seja precedido pelo princípio Pr, que apóia materialmente a regra R. Isso não significa que o princípio P seja mais forte do que o princípio Pr conjuntamente com o princípio P' (que exige o cumprimento das regras) e, neste sentido, é apoiado formalmente por R.

Em todo caso, merece ressalva o fato de que os princípios são normas que constituem importante elo entre os valores que indubitavelmente norteiam o sistema jurídico e as regras que, cristalizadas, lhe dão concretude, possibilitando, inclusive, que os citados valores possam ser introduzidos no sistema positivado, por meio da exegese.

²⁸¹ Caso (1) mencionado na nota de rodapé nº 24. cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 86.

3 A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pelo já exposto é possível concluir que, ao lado das regras, os princípios são enunciações integrantes do gênero “normas”, dos quais é possível interpretar mandamentos deônticos, utilizados como base do sistema positivado do direito, com a função de ordenar as condutas humanas.

Esta é a razão pela qual os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mesmo quando não são positivados de forma explícita pelo legislador, não perdem sua eficácia, uma vez que decorrem de comezinhos princípios relativos à isonomia, devido processo legal, estado democrático de direito, decorrendo diretamente do valor justiça que, por sua vez, impulsiona toda a produção legislativa.

Para a melhor compreensão do caminho percorrido pela razoabilidade e proporcionalidade, foi realizada análise da sua evolução histórica dos mais antigos ordenamentos, quando não passavam de impedimento à prisão e expropriação arbitrários, até o atual arcabouço jurídico vigente no Brasil, onde aos conceitos é conferida a mais ampla definição, servindo como fundamento para o combate de praticamente todas espécies de arbitrariedades. Fenômeno semelhante ocorreu com a isonomia, que deixou de significar apenas um impedimento a que pessoas e situações iguais fossem tratados de forma distinta, para determinar que fossem adotadas posturas positivas no sentido de proporcionar a igualdade, bem como anular os atos, judiciais, executivos e legislativos que fossem realizados ao seu arrepio.

De fato, Di Pietro define a razoabilidade como a exigência da proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.²⁸² Barroso, por sua vez, destaca a necessidade da norma possuir razoabilidade externa, que nas suas palavras é “sua adequação aos meios e fins

²⁸²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.p. 80.

admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente”. É por esta razão que Mendes²⁸³ afirma que, sob a égide do moderno direito constitucional as normas restritivas de direitos não devem levar em consideração tão-só a reserva legal sob o aspecto formal, mas também a sua adequação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, naquilo que denomina por reserva legal proporcional. Para tanto, pressupõe-se que os meios são legítimos, adequados e necessários para atingir o fim colimado. Tal exegese evita que o direito se transforme em “uma forma legal de promover injustiças”, como teme Camus, citado por Leite.²⁸⁴

A razoabilidade e a proporcionalidade, na qualidade de princípios constitucionais, são irradiados por todo o ordenamento jurídico, servindo como critério de interpretação de normas em todos os subsistemas do direito, especialmente o processual, onde modernamente é consubstanciado pelo princípio da instrumentalidade do processo, tratada por Dinamarco.²⁸⁵

No mesmo sentido é a doutrina de Liebman que, defendendo a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na interpretação dos enunciados, entende que o emprego de tais princípios não significa atribuir às normas o conteúdo ditado pelas preferências pessoais, portanto subjetivas e arbitrárias do intérprete pois, ao contrário, este deve realizar a exegese no sentido de exprimir nas normas as exigências e os valores da sociedade do seu tempo e assim atingir os fins últimos da sua atividade, sejam eles a justiça e a paz social.²⁸⁶

Atualmente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade possuem significado distinto daquele que tinham outrora, servindo como critérios de interpretação, e portanto de formação, de todas as normas jurídicas que integram o ordenamento brasileiro, critério este que deve ser utilizado tanto pelo aplicador dos enunciados,

²⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 15.

²⁸⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. Cit. p. 23.

²⁸⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiro, 2000. p. 364.

²⁸⁶ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

geralmente o poder executivo²⁸⁷, como por quem controla a aplicação, função clássica do poder judiciário²⁸⁸.

Para tanto, foi necessário verificar a natureza, o alcance, o conteúdo e a forma pela qual estão sendo aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade pela legislação, pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina.

Também é neste momento que foi realizada a análise da evolução histórica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente após o advento da Constituição de 1988, quando a corte pode estabelecer os limites deles a partir dos enunciados dos quais foram interpretados.

Cumprir destacar que foram perquiridas as distinções existentes entre a razoabilidade e a proporcionalidade, quando poderá ser constatado que, embora existentes, da forma que são compreendidas, no sistema jurídico brasileiro, não justificam o tratamento diferenciado, diante da similaridade dos seus efeitos.

Metodologicamente o estudo histórico da razoabilidade e da proporcionalidade foi dividido em duas etapas, antes e após o início do Século XX. Tal seção se justifica pelo fato de o estudo da razoabilidade e da proporcionalidade haver evoluído no tempo, razão suficiente para ensejar estudo apartado. Finalmente, ainda dentro do século XX, merece especial atenção o tratamento a que tais princípios foi dedicado pelo Supremo Tribunal Federal, após o advento da Constituição de 1988, que será desenvolvido em tópico estanque.

Finalmente, é relevante destacar que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte é classificada de forma diversa da brasileira. Originalmente a citação é iniciada com o pólo ativo, seguido do pólo passivo, separados pela letra “v”, que significa *versus*. Nos tribunais, a ordem das partes é geralmente mantida inalterada. A publicação, que no Brasil se dá no Diário da

²⁸⁷ Embora os aplicadores da Constituição e de todo o ordenamento não se restrinjam a eles, cf. HÄRBERLE, Peter. Op. Cit.

²⁸⁸ Mas que também é exercida por qualquer um que possua a competência para revisar a interpretação dos enunciados, como ocorre no controle hierárquico dos atos administrativos.

Justiça (DJ), nos Estados Unidos da América do Norte é realizada no United States Reports (U.S.). O número que antecede a sigla refere-se ao volume do US onde ele foi citado, e o número que a segue diz respeito à página inicial do caso no volume, sem a data de julgamento e de publicação. Nos Estados Unidos também não há ementa, mas sim o *syllabus*, correspondente muito mais extenso delas, chegando a ocupar várias páginas, razão pela qual foi suprimida. Por estas razões, a citação dos julgados estadonuidenses foram realizadas sem a ementa e a data de publicação, eis que inexistentes nos originais.

3.2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO

3.2.1 Antiguidade, iluminismo e Século IXX

Em sentido amplo, a razoabilidade e proporcionalidade, com suas diversas variações, atualmente ocupam lugar de vanguarda na teoria do direito, não podendo ser entendidos como modernos princípios jurídicos, eis que seus preceitos basilares são conhecidos e utilizados desde os mais remotos tempos, sendo citados nos primeiros textos normativos. Por se tratar de digressão histórica, não será realizada qualquer distinção entre a proporcionalidade, a justa proporção, o dever de razoabilidade, a proibição do excesso, o dever de concordância prática ou a proporcionalidade em sentido estrito.

No Código de Hamurabi, que vigorava na Babilônia aproximadamente dois mil anos antes de Cristo, já havia clara menção à proporcionalidade, equivalência ou justa proporção que deveria prevalecer entre as sanções, naquilo que se convencionou chamar de lei de Talião, ou do critério “olho por olho, dente por dente”. Observa-se no Código a prescrição de sanções (olho ou dente) cuja gravidade era proporcional ao dano infligido à vítima (olho ou dente, respectivamente). As penas também levavam em consideração, ou seja, guardavam proporção com as castas, sendo mais severas, por exemplo, em se tratando de crimes contra pessoas livres, e mais

brandas se praticadas contra escravos²⁸⁹, como se pode aferir pela leitura dos mandamentos²⁹⁰. A análise conjunta de tais dispositivos deixa transparecer os valores antropológicos, filosóficos e sociais que influenciaram o seu criador, especialmente a existência de distinção entre as classes sociais, ao lado de uma perfeita isonomia entre os efeitos da sanção e os efeitos da conduta delituosa: olho por olho, dente por dente. O cotejo dos enunciados exemplificativos também salienta o critério de interpretação que deveria seguir o intérprete da norma quando da sua aplicação, promovendo ao infrator sanção proporcional ao mal causado à vítima de acordo com a ideologia e valores do “legislador”. Pode ser verificada a existência de proporção entre o predicado das vítimas e as sanções aplicadas aos infratores, ou seja, penas mais severas aos que ferissem pessoas livres do que aquelas aplicadas aos que ferissem escravos.

A norma também internamente estabelecia uma proporção a ser mantida entre as sanções aplicadas aos que violassem os mesmos preceitos, ou seja, penas semelhantes aos que ferissem escravos, e penas semelhantes aos que ferissem pessoas livres. Não havia, contudo, segundo os valores contemporâneos, proporção

²⁸⁹ “196. Se um homem arrancar o olho de outro homem, o olho do primeiro deverá ser arrancado [Olho por olho]. 197. Se um homem quebrar o osso de outro homem, o primeiro terá também seu osso quebrado. 198. Se ele arrancar o olho de um homem livre, ou quebrar o osso de um homem livre, ele deverá pagar uma mina em ouro. 199. Se ele arrancar o olho do escravo de outrem, ou quebrar o osso do escravo de outrem, ele deve pagar metade do valor do escravo. 200. Se um homem quebrar o dente de um seu igual, o dente deste homem também deverá ser quebrado [Dente por dente]; 201. Se ele quebrar o dente de um homem livre, ele deverá pagar 1/3 de uma mina em ouro. 202. Se alguém bater no corpo de um homem de posição superior, então este alguém deve receber 60 chicotadas em público. 203. Se um homem que nasceu livre bater no corpo de outro homem seu igual, ele deverá pagar uma mina em ouro. 204. Se um homem livre bater no corpo de outro homem livre, ele deverá pagar 10 shekels em dinheiro. 205. Se o escravo de um homem livre bater no corpo de outro homem livre, o escravo deverá ter sua orelha arrancada. 206. Se durante uma briga um homem ferir outro, então o primeiro deve jurar “Eu não o feri de propósito” e pagar o médico para aquele a quem machucou. 207. Se o homem morrer deste ferimento, aquele que o feriu deve proferir o mesmo juramento, e se o falecido tiver sido um homem livre, o outro deverá pagar 1/2 mina de ouro em dinheiro. 208. Se ele era um homem liberto, ele deverá pagar 1/3 de uma mina. 209. Se um homem bater numa mulher livre e ela perder o filho que estiver esperando, ele deverá pagar 10 shekels pela perda dela. 210. Se a mulher morrer, a filha deste homem deve ser condenada à morte. 211. Se uma mulher de classe livre perder seu bebê por terem batido nela, a pessoa que bateu deverá pagar cinco shekels em dinheiro à mulher. 212. Se esta mulher morrer, ele deverá pagar 1/2 mina. 213. Se ele bater na criada de um homem, e ela perder seu bebê, ele deverá pagar 2 shekels em dinheiro. 214. Se esta criada morrer, ele deverá pagar 1/3 de mina.” Disponível em <<http://paginas.terra.com.br/arte/hammurabi/09.html>>. Acesso em 28 mar. 2007.

²⁹⁰ A palavra ‘shekel’ ou ‘sheqel’ a que se refere o enunciado advém do prefixo ‘she’ que, na linguagem acadiana utilizada na mesopotâmia aproximadamente três mil anos antes de Cristo significava cevada, uma vez que era uma unidade monetária e de medida que equivalia ao peso de 180 grãos de cevada, ou 8.3333 gramas. A ‘mina’ ou ‘mna’ equivalia a 500 gramas, 1/2 ‘sala’ (1000g) ou 1/60 ‘talento’ (30kg).

quando da eleição das categorias, em razão de, atualmente, o critério de distinção não poder ser considerado justo.

De forma semelhante, o Velho Testamento já determinava que as sanções deveriam ser aplicadas proporcionalmente, ou seja, conforme uma justa proporção, também variável segundo o resultado da conduta delituosa, bem como a pessoa do lesado, prescrevendo de um lado a pena de morte a qualquer um que causasse ferimento ou mesmo amaldiçoasse os próprios pais²⁹¹, e de outro, nenhuma sanção para aquele que ferisse seu próprio escravo, que não chegasse a morrer.²⁹² Neste momento a norma claramente atribuiu maior importância à honra dos pais que a integridade física e a vida dos escravos, em uma escala de proporcionalidade que, de forma semelhante, vinculava o intérprete e o aplicador.²⁹³ A fim de manter a isonomia entre partes desiguais, o texto estabelece arbitrária equiparação entre direitos distintos quando, por exemplo, determinando a libertação compensatória do escravo que tivesse o olho ou dente arrancado por ato do seu senhor.²⁹⁴ Tais regras, interpretadas conjuntamente, igualmente levam o intérprete a adotar uma linha de interpretação que considera dois critérios, sejam eles as pessoas envolvidas e as injúrias sofridas.

Na também já citada Lei das Doze Tábuas, considerado marco inicial do direito romano, e que serviu como base para o atual ordenamento jurídico brasileiro, inspirado no Código de Napoleão, também há preciosos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, ainda que em seu sentido amplo, especialmente no que diz respeito à aplicação das penas de forma razoável e proporcional, de acordo com a natureza do bem atingido, e das características da vítima e do ofensor.²⁹⁵

²⁹¹ GÊNESIS, 21: 15 “Aquele que ferir seu pai ou sua mãe, será morto”.

²⁹² GÊNESIS, 21: 19-20 “Se um homem ferir seu escravo ou sua escrava com um bastão, de modo que ele morra sob sua mão, será punido. Se o escravo, porém, sobreviver um dia ou dois, não será punido, porque ele é propriedade do seu senhor”.

²⁹³ GÊNESIS, 21: 22-25 “Se homens brigarem, e acontecer que venham a ferir uma mulher grávida, e esta der à luz sem nenhum dano, eles serão passíveis de uma indenização imposta pelo marido da mulher, e que pagarão diante dos juízes. Mas, se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”.

²⁹⁴ GÊNESIS, 21: 26 - 27. “Se um homem, ferindo seu escravo ou sua escrava, atinge-lhe o olho e o faz perdê-lo, deixá-lo-á ir livre em compensação de seu olho, E, se lhe deitar fora um dente, deixá-lo-á ir livre em compensação do dente.”

²⁹⁵ Tábua VIII (*De delictis* - Dos delitos)

Costa²⁹⁶ afirma que no antigo direito romano, durante o regime da *cognitio extraordinem*, o pretor podia empregar a *restitutio in integrum* e desfazer erros e omissões lesivos do direito de um dos litigantes. Tais equívocos, originalmente irremediáveis segundo as formas rigorosas da *legis actiones* e do processo formular, levam o autor a afirmar que desta forma, estaria sendo operada uma mitigação razoável e proporcional da regra que determinava a estabilização da lide após a prolação da sentença.

Em que pese as críticas não sem razão tecidas à Magna Carta inglesa de 15 de junho de 1215, principalmente quanto à ausência de real representatividade dos barões em relação à totalidade dos súditos, ela não pode ser olvidada como um marco para o constitucionalismo, uma vez que, dentre outras medidas, estabelecia critérios de razoabilidade, tanto em matéria tributária²⁹⁷ quanto criminal²⁹⁸,

I - Pena capital ao autor de injúrias ou ultrajes públicos difamatórios. II - Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião. III - Pela fratura de um osso de um homem livre, pena de trezentos "as"; de um escravo, pena de cinquenta "as". IV - Pela injúria feita a outrem, pena de vinte e cinco "as". V - Se o prejuízo é causado por acidente, que seja reparado. VI - Pelo prejuízo causado por um quadrúpede, deve-se reparar o dano ou abandonar o animal. VII - Cabe ação de dano contra aquele que faz pastar o seu rebanho no campo de outrem VIII - Aquele que por encantamentos, faz murchar a seara de outrem, atraindo-a para o seu campo[...] IX - Aquele que causa, à noite, furtivamente, destruição, ou apascenta o seu rebanho sobre colheitas, seja votado a Ceres e punido de morte; sendo impúbere, será vergastado ao critério do magistrado e condenado a reparar o dano em duplos. X - Aquele que causa incêndio num edifício, ou num moinho de trigo próximo de uma casa, se o faz conscientemente, seja amarrado, flagelado e morto pelo fogo; se o faz por negligência, será condenado a reparar o dano; se for muito pobre, fará a indenização parceladamente. XI - Contra aquele que corta injustamente as árvores de outrem, aplique-se a pena de vinte e cinco 'as' sobre cada árvore cortada. XII - Se alguém cometeu furto à noite e foi morto, seja o causador da morte absolvido. XIII - Mesmo que o ladrão esteja roubando a pleno dia, não terá o direito de se defender com armas. XIV - O ladrão confesso (preso em flagrante) sendo homem livre, será vergastado por aquele a quem roubou; se é um escravo, será vergastado e precipitado da Rocha Tapéia; mas sendo impúbere, será apenas vergastado ao critério do magistrado e condenado a reparar o dano. XV - Inciso não recuperado XVI - No caso de um furto manifesto, que a pena contra o ladrão seja do duplo do objeto furtado. XVII - É proibido o usucapião sobre as coisas roubadas, não valendo, no caso, o uso ou a posse do detentor. XVIII - O juro de empréstimo de dinheiro não poderá exceder de uma onça, isto é, de um por cento ao mês. XIX - Aquele que for infiel num contrato de depósito, deverá pagar uma pena dupla. XX - Que o patrono que enganar o seu cliente seja devotado aos deuses. XXI - Serão afastados da tutela os cidadãos suspeitos, que a exercerem. XXII - Se o porta-balança ou alguém foi testemunha de um ato e recusa dar seu testemunho, seja considerado infame, incapacitado para testemunhar e indigno de que testemunhem para ele. XXIII - Seja precipitado da Rocha Tarpéia aquele que prestou falso juramento. XXIV - (Pena de morte para o homicídio) XXV - Aquele que prendeu alguém por palavras de encantamento ou lhe deu veneno, seja punido de morte. XXVI - (Punia com a morte os ajuntamentos noturnos, de caráter sedicioso). XXVII - Os membros de um colégio ou de uma associação poderão estabelecer os seus regimentos, desde que os mesmos não sejam contrários à lei geral. Disponível em <<http://www.internext.com.br/valois/pena/451ac.htm>>. Acesso em 29 mar. 2007.

²⁹⁶ COSTA, Moacyr Lobo da. **A revogação da sentença**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 53.

²⁹⁷ "12. Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (*scutagium*) nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar uma única

vinculando o legislador, o aplicador e o juiz à uma justa proporção entre tributos, delitos e sanções, conforme os costumes vigentes, aos quais também eram cingidos.

Comparato leciona que o Século XVII marcou a Inglaterra por rebeliões e guerras religiosas que culminaram com a vacância do trono, que só foi preenchido por Guilherme III e Maria II após a aceitação da declaração de direitos denominada *Bill of Rights*, exatos cem anos antes da Revolução Francesa de 1789. O documento assinalou o fim da monarquia absolutista na Inglaterra, representando incremento das competências do parlamento e laureando a separação dos poderes, texto que veio a ser elogiado pelo próprio Montesquieu, e é empregado até os dias de hoje. O *Bill of Rights* inglês, enquanto limite ao limite ao poder real e garantia da norma parlamentar, contém expressa menção ao princípio da razoabilidade²⁹⁹, proibição de excesso e de penas cruéis, tendo servido de inspiração para importantes estatutos que o seguiram, até as modernas constituições.

Tratando da razoabilidade, ainda em 1764, Beccaria já afirmava que, apesar da sociedade repudiar toda espécie de crime, alguns são menos desejáveis que outros, razão pela qual “a fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, é suficiente que o mal que provoque vá além do bem que o réu retirou do crime.”³⁰⁰. Indica o autor que, em decorrência dos basilares conceitos de justiça e isonomia, crimes mais repudiáveis devem ser punidos com penas mais severas do que outros, menos reprováveis, em uma proporção razoável entre os bens sob apreciação, bem como danos causados em situações previsíveis fossem tratados com mais gravidade do que aqueles que não poderiam ser evitados.

vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição **razoável** será lançada. [...]. [grifo nosso].” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 81-82.

²⁹⁸ “16. Ninguém será obrigado a prestar um serviço maior do que for devido em benefício do feudo de um cavaleiro ou de qualquer outro domínio livres. [...] 20. Um homem livre não será punido por um delito menor (*parvo delicto*), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (*salvo contenmento suo*); da mesma forma, um comerciante não será punido com prejuízo do exercício de sua profissão (*salva mercandisa sua*); assim também, um vilão não será punido com prejuízo de seu direito de cultivar a gleba (*salvo waynagio suo*) [...] 21. Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido. [...]” [grifo nosso]. COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit. p. 82.

²⁹⁹ “que não devem ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas excessivas, nem infligidas penas inusitadas ou cruéis;” Ibidem. p. 94.

³⁰⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003. p. 60.

A Declaração de Independência das treze colônias da América do Norte, lavrada em 1776 por Thomas Jefferson, além do inestimável valor poético, faz clara menção à igualdade que deve existir entre os humanos, bem como os fundamentos da existência do Estado, tratado como mero meio eleito para se atingir os fins nela elencados. A declaração das razões do ato de independência, segundo Comparato, representou a transmissão da titularidade do poder dos monarcas e chefes religiosos para os homens, de forma igualitária, enaltecendo o princípio da isonomia:³⁰¹

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados.³⁰²

Interessante lembrar que, muito embora seja evidente que a felicidade não pode ser considerada um direito subjetivo do cidadão, eis que depende de relações intrasubjetivas, é dever do Estado oferecer “concessões políticas indispensáveis à busca da felicidade.”³⁰³, representadas pela supressão de distinções e discriminações decorrentes das diferenças de religião, origem, riqueza, etnia ou posição social.

Sob a égide da precoce declaração, eventuais diferenças entre os homens não poderiam ser utilizadas, pelo aplicador, magistrado ou mesmo legislador como critério de razoabilidade e de proporcionalidade, uma verdadeira proteção do povo frente aos abusos do governante, a exemplo de outros documentos que viriam a ser redigidos posteriormente.

Enquanto isso, na Europa, até a Revolução Francesa de 1789 o monarca era livre para exercer o seu poder levando em consideração os mencionados critérios, já abolidos na América. Merece destaque o fato de que, enquanto nos estados nortistas havia tamanho enaltecimento à liberdade individual, em posição precursora dos direitos fundamentais, os estados sulistas ainda empregavam mão de obra

³⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit. p. 102.

³⁰² Ibidem p. 105.

³⁰³ Ibidem. p. 103.

escrava, que veio a ser abolida apenas quase cem anos depois, com a Proclamação de Emancipação de Abraham Lincoln de 1863.

Muito embora seja possível entender a existência de critério de razoabilidade, ou melhor, da vedação de que a desigualdade dos humanos fosse utilizada como critério para distingui-los, a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 não possui menção expressa à razoabilidade ou proporcionalidade. Tal omissão pode ser justificada pelo fato de que se trata de um documento essencialmente político, e que a carta de direitos vigente nos Estados Unidos da América do Norte é composta pelas dez primeiras emendas.

Na Declaração de Direitos da Virgínia, redigida por George Mason, foram enaltecidos os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive à vida, patrimônio, liberdade e busca da felicidade.³⁰⁴ No texto foi ainda vedada a obtenção de proventos especiais ou privilégios,³⁰⁵ da reserva legal em matéria penal e tributária, bem como assegurado o direito ao voto.³⁰⁶ Finalmente, a Declaração da Virgínia repete o *Bill of Rights* inglês e a Declaração de Independência de 4 de julho ao proclamar que “fianças criminais excessivas não devem ser exigidas, nem multas excessivas impostas, nem penas cruéis ou aberrantes infligidas”.³⁰⁷

Como é possível perceber com a leitura das proclamações de liberdade das colônias norte-americanas redigidas no século XVIII,³⁰⁸ havia uma tríplice preocupação. Inicialmente, qualquer limitação de direitos deveria ser realizada pelo legislador, mas

³⁰⁴ “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.” *ibidem*. p. 114.

³⁰⁵ “Nenhum indivíduo ou grupo social está autorizado a obter proventos especiais ou privilégios da comunidade, a não ser em função de serviços públicos. Tais proventos ou privilégios não são transmissíveis por sucessão, da mesma forma que os cargos de magistrado, legislador ou juiz não devem ser hereditários.” *Ibidem*. p. 115.

³⁰⁶ “As eleições de representantes do povo em assembleias devem ser livres, e todos aqueles que tenham dedicação à comunidade e consciência bastante do interesse comum permanente têm direito de voto, e não podem ser tributados ou expropriados por utilidade pública, sem o seu consentimento ou o de seus representantes eleitos, nem podem ser submetidos a nenhuma lei à qual não tenham dado, da mesma forma, o seu consentimento para o bem público.” *Ibidem*. p. 115.

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 116.

³⁰⁸ O tema é tratado por CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 9 e seguintes.

por outro lado, havia a necessidade de que o legislador fosse eleito de forma que representasse de forma fiel o povo, seguindo os ideais iluministas. Havia ainda o receio de que o próprio legislador pudesse realizar alterações injustas, irrazoáveis, desproporcionais ou abusivas na esfera de direitos dos cidadãos, hipótese que buscou rechaçar por meio da proteção à igualdade e proibição de discriminações.

Diante da omissão da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte em relação aos direitos fundamentais, em 25 de setembro de 1789 foram aprovadas pelas duas casas legislativas dez emendas, que ficaram conhecidas como o *Bill of Rights* norte-americano. No referido texto, inspirado no *Bill of Rights* inglês, há expressa menção à razoabilidade e justa proporção, quando preceitua que “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns.”³⁰⁹

A necessidade de se exigir que a norma, além de formalmente perfeita, fosse condizente com princípios da razoabilidade e proporcionalidade decorreu da necessidade das Colônias resguardarem de normas discriminatórias, irrazoáveis e repressoras editadas pela Inglaterra, muitas vezes editadas com a finalidade específica de discriminar atividades ou mesmo famílias, o que deve ser levado em consideração, principalmente quando se recorda que muitas delas abandonaram a terra natal em decorrência de perseguições religiosas. Para tanto, invocaram os já conhecidos direitos individuais, preconizados na Magna Carta de 1215 como fundamento de revisão de atos legislativos. O *Bill of Rights* norte-Americano, portanto, representou “... arma de resistência contra as investidas do Parlamento inglês nas colônias da “Nova Inglaterra”,³¹⁰ possibilitando que o judiciário sustasse a aplicação das normas que, embora tivessem sido editadas pelo parlamento inglês, fossem consideradas opressivas ou, de outra forma, violadoras de suas liberdades fundamentais.³¹¹

Para Comparato, nos Estados Unidos da América do Norte os direitos fundamentais, e conseqüentemente a razoabilidade e proporcionalidade, são consagrados pela

³⁰⁹ EUA. Constituição Emenda 8 “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted” “não serão impostas sanções excessivas, nem punições cruéis ou incomuns.” “tradução nossa.”

³¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit. p. 17.

³¹¹ Ibidem. p. 18.

fórmula do *due process of law*, que a jurisprudência conferiu além dos efeitos processuais (ampla defesa e contraditório no processo criminal) elemento substancial, representado pela possibilidade de proteção jurisdicional contra indevida supressão ou redução de liberdade, ainda quando tal intervenção tenha sido perpetrada pelo próprio legislador, pois “toda vez que uma lei restringe ou suprime indevidamente a liberdade individual, ela viola um direito inato da pessoa, cuja proteção constitui a finalidade de toda a organização estatal”.³¹² De fato, ainda que o *common law* seja sistema baseado precipuamente em julgamentos pretéritos, carece de respaldo legislativo, ainda que de forma genérica. Neste sentido, o sistema inglês e norte-americano encontraram no preceito do devido processo legal o substrato legal que necessitavam para fundamentar as decisões que negavam eficácia a uma determinada norma em razão dela ser irrazoável. Em síntese, o princípio da razoabilidade norte-americano, realizado por meio do controle judicial dos atos legislativos buscava prestigiar os comezinhos princípios constitucionais, inclusive contra atos emanados pelo parlamento.

Lembra Castro³¹³ que enquanto o *Bill of Rights* dos Estados Unidos da América do Norte representava a resistência das colônias da Nova Inglaterra frente aos arbítrios do parlamento metropolitano, o *Bill of Rights* inglês teve origem absolutamente diversa, mais precisamente a garantia de que as normas limitadoras de direitos fossem editadas pelo legislador, lídimo representante do povo, e não pela monarquia.

Sob o ponto de vista lógico o legislador norte-americano seguiu a tradição inglesa e não se propôs a resolver problemas por meio da técnica dos conceitos gerais, abstratos e genéricos herdados da jurisprudência dos conceitos prevalecente nos países de tradição romano-germânica, mas sim pela aplicação da equidade do juiz, que utiliza as experiências judiciais passadas. Neste diapasão, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América do Norte não busca esgotar todas as matérias na lei, atribuindo ao judiciário maior competência para criar as normas por meio da formação da jurisprudência.

³¹² COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit. p. 121.

³¹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit. p. 12.

Para exemplificar tal técnica pode se levar em consideração a proibição expressa de que os entes federados tributem-se mutuamente, vedação que só veio a ser criada pela jurisprudência quando, diante da lacuna legal, o Estado de Maryland buscou instituir exação sobre as atividades da agência do recém criado (1791) Banco Nacional dos Estados Unidos, na cidade de Baltimore, pretensão que encontrou recusa por parte de seu gerente, James Mc Culloch. Inicialmente a questão foi levada ao poder judiciário Estadual, que entendeu devido o tributo. No entanto, quando submetido ao crivo da Suprema Corte Federal³¹⁴, o caso foi examinado pelo justice John Marshall, que capitaneou julgamento diametralmente diverso.

Com a análise da controvérsia, Marshall manifestou o seu entendimento que, muito embora a União fosse detentora de certos poderes explícitos, também existiam outros implícitos, e se fosse eventualmente admitido o poder do Estado de Maryland de tributar o banco da União, estaria sendo permitido que um Estado destruísse a própria União, vez que, segundo o julgado, o poder de tributar envolve o poder de destruir. Ainda que aos Estados seja possível e lícito destruir parcela do patrimônio dos particulares para arrecadar importância necessária à prestação de serviços públicos, o mesmo não ocorre em relação aos demais entes federados.

Tal jurisprudência representa muito bem a fase pela qual passou a Suprema Corte norte-americana durante os quase trinta anos que John Marshall a presidiu, representada pela sua forte proteção à harmonia da recém criada União dos Estados Federados dos Estados Unidos da América do Norte. Enquanto estabelecia os primeiros limites do direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, Marshall desenvolveu o princípio da razoabilidade, bem como a possibilidade de seu controle³¹⁵ pelo poder judiciário³¹⁶.

Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that

³¹⁴ USA. Supreme Court of United States. Appeal 17 U.S. 316 (1819). McCulloch e Maryland. Relator: Marshall. 6 mar. 1819. disponível em <<http://supreme.justia.com/us/17/316/case.html>> e <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0/> acesso em 11.08.07.

³¹⁵ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à lei 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

³¹⁶ Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/160/668/case.html>> acesso em 10.08.07. “Deixe o fim ser legitimado, deixe-o ser com o escopo de que a constituição e todos os meios apropriados, que são prontamente adaptados ao fim, que não são proibidos, mas consistem na letra e no espírito da constituição, são constitucionais”. “Tradução nossa.”

end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.

Aplicando o novel *judicial review*, Marshall capitaneava decisões por meio das quais sustava a eficácia de certos atos administrativos, ou mesmo leis, em razão de violação a princípios básicos de justiça, como a isonomia, razoabilidade e justa proporção, como no caso da tributação do banco federal pelo Estado.

Simultaneamente, a França vivia experiência inversa, vedando a revisão dos atos administrativos pelo poder judiciário, sob pena, inclusive, de aplicação de sanções criminais àqueles magistrados que praticassem o que era tratado por perturbação das operações dos corpos administrativos³¹⁷. Tal fenômeno decorreu do fato de que muitos juízes ainda se encontravam ligados ao regime que vigorava antes da Revolução de 1789, o que gerava o receio de que o vínculo comprometesse a parcialidade dos e acarretasse indesejáveis intervenções no julgamento dos atos administrativos. Entendiam os franceses que se o judiciário pudesse rever os atos do legislativo, este perderia parcela relevante de seu poder, que passaria a carecer de definitividade. Curiosamente, como ressalta Gouvêa³¹⁸, tal fenômeno culminou por deturpar a tese da harmonia entre os poderes defendida por Montesquieu, implicando uma verdadeira separação ente eles, como explica Barros.

Ao contrário dos Estados Unidos, país que também logrou estabelecer um estado de direito, com a promulgação solene de uma Constituição, a França não conseguiu impor um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, implantando um regime de legalidade tão absoluta, ao ponto de vingar a idéia de que um ato, por ser lei, elaborado por um Parlamento legitimado pelo povo para tanto, haveria de ser

³¹⁷ FRANÇA. Lei dos 16-24 de agosto de 1790. Art. 13 : *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*" Disponível em <http://fr.wikisource.org/wiki/Loi_sur_l'organisation_judiciaire_%2816-24_ao%C3%BBt_1790%29> acesso em 11.08.07. "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de serem acusados de alta traição, perturbar de qualquer maneira que seja as operações dos corpos administrativos, nem citar perante estes os administradores em razão de suas funções". "tradução nossa."

³¹⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 128.

respeitado a qualquer custo, ainda que injusto, em nome da segurança jurídica e da estabilidade das instituições públicas.³¹⁹

Diante da necessidade de se realizar o julgamento dos atos administrativos, bem como do desejo de que tal controle fosse exercido pelo poder judiciário, foi criado o “Conselho de Estado”, a quem eram apresentados os *récours pour excès de pouvoir*, ou recursos por excesso de poder. Como o próprio nome induz, inicialmente tais recursos eram utilizados tão-somente para combater ilegalidades ou excessos de poder, mas posteriormente passaram a ser empregados também para questionar mesmo atos discricionários praticados com o fim diverso do interesse público, ou desvio de poder (*détournement du pouvoir*). Nota-se nesta transição relevante evolução da corte, que passou dos exames objetivos da legalidade para a relativa subjetividade do desvio de poder.

Gouvêa afirma que muito embora os termos razoabilidade e proporcionalidade não tivessem sido expressamente utilizados pelo Conselho de Estado até meados do século XX, as noções a eles inerentes já eram largamente empregadas como fundamento para a tomada de decisões, principalmente nos casos onde havia necessidade de se ponderar o custo-benefício dos atos administrativos. Apesar do método já ser empregado sem a utilização de uma denominação própria, Barros³²⁰ salienta que desde a década de setenta do século XX a jurisprudência francesa já utilizava um procedimento denominado *bilan coût-avantages*, ou ponderação do custo benefício. Tal artifício foi tratado por Gonzalez³²¹ como meio de controle de proporcionalidade articulada sobre a tese do sopesamento entre o custo e o benefício.

Inicialmente, o controle da razoabilidade e da proporcionalidade fundava-se nas regras expressamente estipuladas no próprio diploma legislativo sob análise, e a tarefa do responsável pelo controle limitava-se à verificação da eventual dissonância

³¹⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 41.

³²⁰ Ibidem p. 44.

³²¹ LOPEZ GONZALES, José Ignacio El principio general de la proporcionalidad en el derecho administrativo. Sevilla: 1988 apud BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit. p.44.

entre o mandamento legal e o ato executado, sendo a ele vedada a eventual análise da norma que deveria interpretar.

Isto porque o século XVIII foi amplamente marcado pelos ideais iluministas que, contestando o poder absoluto das monarquias, influenciaram grandes revoluções, das quais merecem destaque a francesa e a declaração de independência das treze colônias inglesas da América do Norte. Tais revoltas fundavam-se, basicamente, na substituição do poder do Rei pelo poder do parlamento, norteado por uma Constituição, que por sua vez, contém um sistema em que o poder possa travar o poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*), na precisa forma do artigo 16 da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789.³²² Seguindo o raciocínio iluminista, a atuação do executivo, ainda fortemente associado ao Rei, deveria sempre encontrar limite nas disposições legais, dentre as quais a Constituição ocupa local de destaque. No mesmo sentido, a vontade do legislador não poderia ser controlada pelo executivo, mero aplicador das normas, nem pelos juizes, definidos por Montesquieu como nada mais do que a boca que profere as sentenças da lei, tratando-os como seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.³²³

Como toda revolução, o iluminismo buscou o estabelecimento de uma radical, porém harmônica, divisão entre os poderes, impedindo-os de interferir uns nos outros, o que veio a representar, em última análise, a ditadura do legislativo. Como se pode verificar nas precisas observações históricas de Daniel Sarmento, “A lei, encarnação da vontade popular, não deveria sujeitar-se ao controle do poder judiciário, sob pena da instituição de um ‘governo de juizes’ de caráter antidemocrático”.³²⁴

Refutando a afirmativa de Hughes, para quem “a constituição é aquilo que os juizes dizem que ela é”³²⁵, Frankfurter evidenciou o ideal legalista ao afirmar que “Em

³²² “Artigo XVI: Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em 6 jul. 2007.

³²³ Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³²⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.

³²⁵ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 216 apud TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 58.

última análise, a pedra de toque da constitucionalidade está na própria Constituição e não naquilo que nós dizemos acerca dela”.³²⁶

No entanto, dois motivos colocam em cheque a teoria iluminista que repudiava o controle da atividade legislativa pelo poder judiciário. O primeiro deles é lembrado por Leite, quando descortina a falácia da teoria da pureza filosófica do legislador, doutrinariamente elevado à condição de fiel representante da vontade popular, mas que, na prática, algumas vezes realiza a atividade legislativa visando fins pouco nobres, como, o favorecimento pessoal, ou mesmo o benefício de uma determinada casta que o elegeu.³²⁷ Se o aplicador da lei não pode olvidar a realidade de que as leis nem sempre refletem a vontade popular, surge o questionamento sobre a possibilidade dela ser alterada, ou adaptada pelo executivo, ou mesmo pelo judiciário. A questão envolve uma tomada de decisão extremamente complexa, eis que enquanto a inércia do judiciário sobre o legislativo poderia significar a reparação do ordenamento por quem não tem competência para tanto, também poderia representar o retorno ao antigo regime, com o conseqüente rompimento da legalidade e da separação dos poderes, grandes pilares sobre os quais se fundaram as revoluções iluministas.

De fato, como lembra Freire Júnior, a eleição não corresponde a um cheque em branco, razão pela qual a atividade parlamentar deve respeitar a Constituição, e o judiciário, por sua vez, rechaçar eventuais desrespeitos³²⁸, uma vez que ela não é um mero símbolo, mas um mandamento normativo com o objetivo de promover as condições para o pleno desenvolvimento do ser humano³²⁹, credora de respeito que se demonstra pelo esforço em preservar sua essência.

3.2.2 Século XX

Foi em 1905 que a Suprema Corte norte-americana realizou o julgamento do *Bakeshop Act*, ação onde era contestada a razoabilidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que limitava o número de horas que um padeiro poderia trabalhar

³²⁶ Ibidem p. 58.

³²⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. Cit. p. 22.

³²⁸ FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. Op. Cit. p. 61.

³²⁹ Ibidem.

durante o dia e a semana.³³⁰ Naquela que ficou afamada como uma das mais controvertidas decisões da Corte³³¹, por diferença de um voto restou decidido que a pretensão do legislador de controlar o número de horas de trabalho de um indivíduo representava uma irrazoável, desnecessária e arbitrária interferência ao direito e à liberdade de contratação. Como fundamento para o aresto, foi utilizado o princípio do devido processo legal instituído pela Emenda quinta, que evoluiu para o devido processo legal material (*substantive due process of law*) estipulado pela Emenda décima quarta, e que representa o direito do cidadão não apenas ser tratado de forma isonômica perante a lei, mas também na lei, quando de sua enunciação.

Quando do julgamento, os dois votos contrários à liberdade contratual foram fundamentados, inicialmente, na necessidade de proteção dos padeiros que, à época, trabalhavam em situações insalubres, e no repúdio ao ativismo judicial, que levava a Corte a apreciar questões ligadas à economia. Na sua manifestação o Justice Holmes manifesta o entendimento no sentido de que a Emenda 14 não concede uma liberdade contratual absoluta, mencionando, inclusive, que a Corte não imiscuiu-se em outras limitações à liberdade contratual, como a disciplina do trabalho aos domingos e o limite de juros.

A partir do aresto, que inaugurou a dita “Era Lochner”,³³² a Suprema Corte passou a prestigiar não só a liberdade contratual, mas também a liberdade do cidadão de não ser alvo de legislação desarrazoada, desproporcional, arbitrária ou desnecessária.

A razoabilidade criada pela jurisprudência norte-americana é fundada, portanto, no princípio do devido processo legal, que por sua vez, encontra amparo na isonomia, pela qual as restrições de direitos devem ser razoáveis com a situação em que se encontram as partes. Sob tal aspecto, a razoabilidade foi tratada por Perelman:

³³⁰ Trata-se da lei denominada “*bakeshop act*”, ou lei das padarias, de 1896, que proibia que um padeiro trabalhasse mais de 10 horas por dia, ou sessenta horas por semana, da qual Joseph Lochner, dono da panificadora “*Lochner’s Home Bakery*” se insurgiu.

³³¹ USA, Supreme Court of the United States. Appeal 198 U.S. 45 (1905). Lochner e New York. Relator Peckham. 23. fev. 1905. disponível em <http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292/> e <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0/> acesso em 11.08.07.

³³² A ‘Era Locher’ foi uma fase de intenso ativismo jurisdicional que teve o seu início marcado em 1905 pelo julgamento do case Lochner x New York, e seu fim em 1937, quando a Suprema Corte, influenciada pela teoria intervencionista de John Maynard Keynes, que mostrava-se eficaz à superação dos efeitos da quebra da bolsa de Nova Iorque, declarou constitucional a lei que regulava o salário mínimo no Estado de Washington.

Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito está qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável.³³³

Perelman cita ainda célebre passagem de Dumont que, tratando do Conselho de Estado, afirma que o controle da razoabilidade da administração é das mais difíceis missões exegéticas, uma vez que envolve a ponderação entre “as necessidades de funcionamento dos serviços públicos e as garantias devidas aos cidadãos.”³³⁴

Segundo Oliveira³³⁵, a doutrina de Perelman foi seguida pela de Aarnio, que também buscou aproximar conferir racionalidade à interpretação do direito, por meio da aplicação da razoabilidade, que equipara ao aceitável:

A expectativa de certeza jurídica resta plenamente satisfeita somente se (a) a decisão (ou interpretação) está dentro do marco legal, (b) o discurso procede de forma racional e (c) a decisão racional satisfaz o código de valores dominante. Isto significa que a aceitabilidade racional não é meramente um ideal abstrato, senão um princípio válido e efetivo que funciona na prática cotidiana.³³⁶

Ainda no início do Século XX o ideal iluminista da prevalência do legislativo sobre os demais poderes foi aplicado por Kelsen quando da idealização de um sistema jurídico onde a justiça e o direito foram resumidos à vontade do legislador, ou seja, à lei, e era capitaneado pela Constituição, à qual todas as demais normas deveriam ser submetidas.

A resposta para tal dúvida veio com o fim da primeira metade do século XX, que coincidiu com o término da segunda grande guerra mundial, palco de infinitas e

³³³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 429.

³³⁴ DUMONT. *Le fait et le droit*. Bruxelas, Bruylant, 1961 p. 219-220 apud PERELMAN, Chaïm. *Ibidem*.

³³⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

³³⁶ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 288, Apud OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. Op. Cit. p. 135.

impensáveis atrocidades, algumas das quais praticadas com arrimo em disposições legais, especialmente as constantes do sistema jurídico do nacional socialismo. Neste instante histórico o mundo veio a questionar-se acerca de até que ponto a vontade do legislador não poderia ser objeto de controle e ponderação por outros poderes. De todas as barbáries cometidas no conflito, talvez o holocausto tenha sido o que mais marcou a humanidade, tanto pela sua extensão quanto pela gravidade dos direitos violados, sem contar a absoluta ausência de critérios proporcionais e razoáveis para a sua prática.

No início do ano de 1948 Dantas definiu uma lei arbitrária como sendo aquela “... que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, determinados em gênero ou espécie ...”³³⁷, ou seja, que apesar de possuir forma de lei, encerra matéria contaminada pelo arbítrio e pela irrazoabilidade, constituindo ameaça silenciosa aos direitos fundamentais.

No dia 10 de dezembro do mesmo ano, como reação aos acontecimentos já mencionados durante a segunda grande guerra mundial, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, reavivando ideais jusnaturalistas, estabeleceu rol de direitos fundamentais a serem adotados por todas as nações e pessoas, fundados nas mesmas igualdade, fraternidade e liberdade que influenciaram a declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789.

A Constituição Alemã de 1949, provisoriamente concebida para um período de transição até a reunificação do país, é considerada como um marco nos direitos fundamentais, eis que constitui reação ao direito então absoluto e incontestável do legislador, ao qual não era reconhecido qualquer espécie de controle ou limitação. A Lei Fundamental de Bonn estatui, em seus primeiros artigos que “os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis,

³³⁷ DANTAS, F.C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. Rio de Janeiro: Revista Forense. vol. 116, 1948, p. 357-367 apud BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Op. Cit. p. 25.

que vinculam o legislativo, o executivo e o judiciário.”³³⁸ Desta forma, nenhum ato, judicial ou administrativo pode ser considerado válido, se incompatível com os direitos fundamentais.

Sob o novo ordenamento os direitos fundamentais foram densificados, merecendo destaque o seu artigo 19, que preconiza a manutenção dos respectivos núcleos essenciais, bem como a necessidade expressa de que qualquer limitação a eles imposta deva ser expressamente mencionada, bem como os direitos afetados:

- 1 - Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei será aplicada de maneira geral e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê.
- 2 - Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.³³⁹

À exemplo da Constituição brasileira, a alemã não prevê explicitamente o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em um enunciado específico, muito embora todo o arcabouço de direitos fundamentais nela elencado conduza à interpretação de tal norma. Em 1951 o sistema de controle da atividade legislativa na Alemanha ganhou ainda mais força com a instalação do Tribunal Constitucional Federal.

Em 4 de novembro de 1950 foi assinada, em Roma, a Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que passou a integrar o sistema jurídico dos países signatários, dispondo, em seu artigo 18, que qualquer limitação ou restrição a direitos não poderão ser utilizadas para outro fim senão aquele para o qual foram prescritos:

Article 18 – Limitation on use of restrictions on rights.
The restrictions permitted under this Convention to the said rights and

³³⁸ “1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la; 2. Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3; Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados. Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art_01.html>. Acesso em 11. mar. 2007.

³³⁹ ALEMANHA. Constituição. (1949). Constituição da República Federal da Alemanha. Alemanha. 1949. Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art_19.html>. Op. Cit.

freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.³⁴⁰

Sarmiento³⁴¹ destaca a importância do julgamento, em 1953, do Recurso Extraordinário nº 18.331, capitaneado pelo Ministro Orozimbo Notato que, parafraseando assertiva do Justice John Marshall³⁴² afirmou que o poder de tributar, por implicar destruição de patrimônio privado, não pode ser irrazoável e desproporcional, eis que, desta forma, seria confundido com o confisco:

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, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.

Em 1955 foi editado, na Espanha franquista, o Regulamento dos Serviços das Corporações Locais, (*Reglamento Servicios Corporaciones*), que determinava a congruência do conteúdo dos atos de intervenção e os seus motivos e fins, bem como a necessidade de que, dentre diversos meios de intervenção, fosse eleito aquele que causasse menos restrições à liberdade.

6.1. *El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen*
2. *Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.*³⁴³

Foi também em 1955 que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte decidiu caso em que empresa questionava a validade de norma estadual que reputava inconstitucional por inútil e dispendiosa. A norma, contudo, teve sua constitucionalidade declarada pela Corte, que entendeu que a análise de tais predicados era função do legislador, e extrapolava a competência do judiciário.

³⁴⁰ Artigo 18 – Limitação no uso de restrição de direitos. As restrições permitidas por esta Convenção para os ditos direitos e liberdades não devem ser aplicadas para nenhum outro propósito além daqueles que foram prescritos. “Tradução nossa.” Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em 3 mar. 2007.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de bens na Constituição**. Op. Cit. p. 91.

³⁴² Proferida no julgamento do caso: USA. Supreme Court of United States. Appeal 17 U.S. 316 (1819). McCulloch e Maryland. Op. Cit.

³⁴³ 6.1.. O conteúdo dos atos de intervenção será congruente com os motivos e fins que o justifiquem. 2. Se forem vários os admissíveis, se elegerá o menos restritivo da liberdade individual. “Tradução nossa.” Disponível em <<http://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/0/a25cb02a26863441c1256e35007bad5c?OpenDocument>>. Acesso em: 3 mar.2007.

In a unanimous decision, the Court held that while the law may have been "needless" and "wasteful," it was the duty of the legislature, not the courts, "to balance the advantages and disadvantages of the new requirement." The Court emphasized that "[t]he day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought."³⁴⁴

Influenciado pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1958, julgou caso em que contribuinte insurgia-se contra lei que reputava injusta. Na decisão capitaneada pelo Ministro Gallotti, entendeu a Corte que a injustiça da norma não macularia a sua validade, afirmando, de forma obscura, que não cabia ao Poder Judiciário sustar a eficácia de lei injusta, mas somente quando também fosse inconstitucional, dissociando a justiça da constitucionalidade:

A argumentação da recorrente, no sentido de que a lei fiscal é injusta no caso, não deixa de impressionar.

Mas, como disse Holmes, o juiz não pode substituir pelas suas as concepções de justiça do Legislador. Só poderá desprezar o mandamento da lei, quando ela for inconstitucional e não apenas injusta.³⁴⁵

Três anos depois, em 1961, foi submetido ao crivo do mesmo Ministro Gallotti questão onde proprietários de um imóvel tentavam reavê-lo da União Federal, a quem estava alugado, mas para tanto estavam sujeitos a uma exigência injusta. Neste caso, ao tratar da injustiça da norma, o Supremo Tribunal Federal, embora tivesse entendido que não poderia alterar a norma (o que significaria a modificação da sua concepção de justiça pela do legislador) decidiu que ao menos poderia deixar de aplicá-la.

A iniquidade, embora patente, não é da que, nós juízes, posamos corrigir, pois a Constituição permite que o legislador condicione o uso da propriedade ao bem estar social (art. 147), e, como disse o grande Holmes, na Corte Suprema dos Estados Unidos, o juiz não pode substituir pelas suas as concepções de justiça do legislador.

³⁴⁴ USA. Supreme Court of the United States. Appeal 348 U.S. 483 (1955). Williamson e Lee Optical of Oklahoma. Relator: William Orville Douglas. 02 mar. 1955. Disponível em <http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1954/1954_184/> e <<http://supreme.justia.com/us/348/483/case.html>> acesso em 14.08.07. "Numa decisão unânime, a Corte concluiu que enquanto a lei for inútil e dispendiosa, ela ficaria a cargo do legislativo, não do judiciário, para equilibrar as vantagens e desvantagem da nova solicitação. A Corte enfatizou que o dia acabará quando a ela aplicar a cláusula do devido processo legal da emenda 14 para derrubar leis estaduais reguladoras de condições de trabalho, porque elas podem ser imprudentes ou sem harmonia com uma determinada escola de pensamento." "Tradução nossa."

³⁴⁵ BARROS. Suzana Toledo de. Op. Cit.

O que o juiz pode fazer é deixar de aplicar a lei injusta toda vez que a sua letra ou seu espírito isso autorizem.³⁴⁶

No ano de 1964 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a súmula nº 400 que, tratando da exegese constitucional, afirmou que não cabe recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade de uma norma criada a partir de um enunciado quando esta, apesar de não ser a melhor delas, foi interpretada de forma razoável.³⁴⁷

Em 1968 o plenário do Supremo Tribunal Federal empregou a proporcionalidade quando da apreciação da constitucionalidade do artigo 48 da Lei de Segurança Nacional (Decreto Lei nº 314/67), que cominava a proibição do exercício de profissão, emprego em atividade privada ou ainda a ocupação de cargo ou função na administração pública, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, aos acusados de prática de crime contra a segurança pública, até o trânsito em julgado de sentença absolutória. Em outras palavras, a simples apresentação de denúncia teria o condão de impedir ao acusado o exercício de qualquer atividade, até que fosse declarado inocente, após longo processo judicial.

O Ministro Themístocles Cavalcanti, notoriamente influenciado pela jurisprudência norte-americana predominante à época, trouxe ao julgado as atuais lições de hermenêutica constitucional, pelas quais afirma a necessidade da interpretação de todos e quaisquer enunciados de acordo com os princípios que norteiam a Constituição:

1º. Que a Constituição deve ser considerada como um todo harmônico e,
2º. que os princípios fundamentais da constituição devem ser apreciados em sentido lógico e programático, mas também técnico, disse eu o seguinte: 'A Constituição compreende um conjunto de preceitos lógicos, homogêneos, pelo menos quanto à orientação geral do texto. O sistema político, a forma de governo, a forma de Estado, o mecanismo das instituições, o regime das liberdades, a ordem econômica, são elementos permanentes a serem

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Locações. Legislação de Emergência. Sua iniquidade não é das que os juízes podem corrigir, pois a Constituição permite que o legislador condicione o uso da propriedade ao bem estar social (art. 147), e, como disse o grande Holmes na Corte Suprema dos Estados Unidos, o juiz não pode substituir pelas suas as concepções de justiça do legislador. O que o juiz pode fazer é deixar de aplicar a lei injusta toda vez que a sua letra ou seu espírito isso autorizem. Primeira Turma, Recurso Extraordinário n. 47.588. Annita Lowndes Monteiro de Casto e demais condôminos do edifício à rua México, nº 90 e União Federal. Relator: Luiz Gallotti. 27 jul. 1961.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 400. "decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, iii, da Constituição Federal." DJ. 8 mai. 1964, p. 1239.

considerados.

Por sua natureza, o seu texto exprime um sistema harmônico, representa um ideal político, um programa que se completa pela legislação e pela administração.³⁴⁸

Em seguida, reconhecendo que o mesmo enunciado pode gerar diversas normas, afirmou a necessidade de declarar a inconstitucionalidade destas, quando fossem conflitantes com os princípios constitucionais.

Ter-se ia, entretanto, de repelir uma interpretação que ferisse os pressupostos constitucionais da federação, da república, da democracia, da autonomia municipal, dos princípios essenciais relativos à economia, à família, à educação, etc.

Quando se fala em todo harmônico, pressupõe-se o exame do conjunto de normas que regulam cada instituto ou cada matéria e a sua compreensão em face dos princípios fundamentais da Constituição.

A interpretação de uma norma contrariando as bases essenciais do regime não pode ser tolerada, porque atrita com os princípios gerais das interpretações.

Deve-se, entretanto, prevenir que não haja contradição entre o entendimento de determinada norma constitucional e seus princípios essenciais. A recomendação agora examinada, por conseguinte, não inclui o exame prioritário da norma e a sua interpretação como tal.³⁴⁹

No seu voto, o Ministro Themístocles Cavalcanti asseverou ainda que para um enunciado legal ser considerado afrontoso à Constituição não é necessário que ele contrarie mandamento constitucional explícito, mas tão-somente os princípios nela encerrados, uma vez que, segundo ele, “não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos.” Para tanto, empregou a cláusula genérica de abertura dos direitos fundamentais constante no artigo 150, parágrafo 35 da Constituição de 1967, que assim dispunha:

³⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade do art. 48, do DL 314, de 1967 (Lei de segurança). O *habeas corpus* é meio idôneo para anular despacho do juiz que aplica no curso do processo, medida administrativa que corresponde a suspensão do exercício de direitos da profissão e do emprego em empresa privada. a medida preventiva corresponde a uma pena acessória. a sua aplicação depende de condenação em preceito que inclua também a aplicação de pena acessória. a inconstitucionalidade e decretada por ferir os arts. 150 caput e 150 par. 35, da constituição porque as medidas preventivas que importam na suspensão de direitos, ao exercícios das profissões e o emprego em empresas privadas, tira ao individuo as condições para prover a vida e subsistência. o par. 35, do art. 150, da constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados as liberdades, ao regime de direito e as instituições políticas criadas pela constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável a espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48, do referido decreto lei. a inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem a execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais. *Habeas Corpus* nº 45.232 José Rodrigues Vieira., Relator: Themístocles Cavalcanti. 21 fev. 1968. Brasil. DJ 17 jun. de 1968. p. 2228.

³⁴⁹ Ibidem.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

[...]

§35. a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.³⁵⁰

No caso concreto, foi aplicado o princípio que veda a aplicação de penas cruéis ou excessivas, portanto irrazoáveis e desproporcionais, constante no já mencionado *Bill of Writs* inglês, bem como nas declarações de direitos subsequentes, uma vez que, segundo o Ministro, a sanção “tira ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e à sua família.”³⁵¹ A crueldade também foi representada pela “desproporção entre a situação do acusado e as conseqüências da medida.”³⁵² Enfatizando a necessidade de se estabelecer o controle da interpretação dos enunciados jurídicos sob a ótica dos princípios constitucionais, o relator ressaltou que a medida também estaria a ferir os direitos à vida, liberdade individual e liberdade, igualmente tutelados pela Constituição.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção.

A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que asseguram ao indivíduo e aos que dele dependem, dos recursos indispensáveis à subsistência.

Não quer dizer que o Estado deva proporcionar esses recursos, mas não pode privar o indivíduo de exercer atividades que o prive de obter estes recursos, sem que pelo menos haja uma decisão judicial que o prive legitimamente de sua liberdade de exercer atividade lícita.³⁵³

Segundo a Corte, a sanção preconizada pela lei era inconstitucional por exorbitante, portanto irrazoável, eis que possibilitava que uma simples denúncia pudesse por em risco a vida e a subsistência do cidadão e dos que dele dependem, maculando, inclusive, a dignidade da pessoa humana

Alguns anos depois da prolação da citada decisão brasileira, que por sua vez foi proferida cerca de duas décadas após a Declaração Universal dos Direitos Humanos

³⁵⁰ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1967. Art. 150, §35. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 17 jul. 2007.

³⁵¹ Ibidem.

³⁵² Ibidem.

³⁵³ Ibidem.

de 1948, a mesma Alemanha cujas atrocidades alertaram o mundo para a necessidade do controle da produção legislativa frutificou relevante teoria acerca dos direitos fundamentais. O aresto, considerado marco inicial da jurisprudência da proporcionalidade, determina que toda intervenção do legislador deve ser fundamentada, bem como efetuada segundo critérios objetivos, sejam eles o da adequação (*geeigntheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*), e proporcionalidade em sentido estrito:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.³⁵⁴

Tal julgado, por sua lapidar construção, passou a ser empregado por diversos países, mesmo aqueles em que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não foram positivados de forma expressa, como no Brasil. De fato, como já mencionado, e a exemplo do que aconteceu na Alemanha, desde 1968 o Supremo Tribunal Federal já havia manifestado seu entendimento de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não necessitam estar expressos no texto constitucional ou legal, uma vez que decorrem de diversos outros enunciados jurídicos. Para Barros, o princípio da proporcionalidade desenvolvido na Alemanha nada mais é do que a correspondência continental europeia do princípio da razoabilidade desenvolvido nos Estados Unidos da América do Norte no início do século XX.

O texto da Constituição Portuguesa, redigida em 1976, após o período Salazarista, e alguns anos depois do desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na Alemanha faz, por diversas vezes, menção expressa a ele. Inicialmente, e de forma abrangente, a Constituição determina que as restrições de direitos, liberdades e garantias só podem ser realizadas, ainda que pelo legislador, nos casos e extensão

³⁵⁴ O aresto é citado por MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Controle de Constitucionalidade.** Op. Cit p. 43; BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit. e CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:** e sua aplicação no direito tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p.66, para mencionar alguns autores.

necessários à proteção de outros interesses constitucionais.³⁵⁵ Em passagem ainda mais explícita, porém circunscrita à administração pública, a Constituição de Portugal invoca a proporcionalidade como seu princípio norteador³⁵⁶, bem como, ao tratar das medidas de polícia, determina que estas só poderão ser empregadas dentro do estritamente necessário.³⁵⁷ Finalmente, em caso extremamente específico, preconiza que a declaração de estado de emergência ou sítio, embora também contenha critérios objetivos, deve ter sua parcela de subjetivismo pautada na proporcionalidade.³⁵⁸

No mesmo ano de 1976 o Supremo Tribunal Federal empregou de forma explícita o princípio da razoabilidade quando traçou os limites exegéticos do conceito de “condições de capacidade para o exercido de profissão” enunciado no artigo 153, parágrafo 23 da Constituição de 1967/1969, conforme o voto do Relator, Ministro Rodrigues Alckmin:

- a) A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (*Cooley, 'Constitutional Limitationa', pg. 209, '...Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power'*). Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.
- b) Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário

³⁵⁵ PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. 5. ed. 1998. Coimbra: Coimbra Editora. **Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976**: revista pelas leis constitucionais 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97 – lei do tribunal constitucional. “Art. 18º [...] 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

³⁵⁶ PORTUGAL. Constituição (1976). Op. Cit. “Art. 266. [...] 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

³⁵⁷ PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Op. Cit. “Art. 272. 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.”

³⁵⁸ PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Op. Cit. “Art.19º 4. “A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declarações 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”.

apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.³⁵⁹

Em 1978 foi promulgada a Constituição Espanhola que, influenciada pelos ideais dos direitos fundamentais em voga por toda a Europa e Américas, estatui, em seu artigo 53, relevante enunciado a favor da prevalência dos direitos fundamentais sobre os demais. Tal Constituição, após dedicar capítulo específico aos direitos fundamentais, afirma que eles somente poderão ser limitados por Lei que, em todo caso, deverá respeitar o seu conteúdo essencial.³⁶⁰ A concatenação lógica promovida pela Constituição demonstra o entendimento de que, naquele país, os direitos fundamentais possuem um conteúdo mínimo, que não pode ser atingido nem por ato do parlamento. Da assertiva, inicialmente é possível verificar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, enquanto direitos fundamentais, são imutáveis no ordenamento espanhol. De forma semelhante é possível verificar que o sistema macula com a pecha da inconstitucionalidade uma norma que estabeleça limitação irrazoável e desproporcional aos demais direitos fundamentais.

Ambos os textos buscaram evitar que o legislador ou o intérprete pudessem negar eficácia aos direitos fundamentais e, como lembra Gebran Neto, parafraseando Guerrero: “a sujeição geral do legislador à Constituição se faz mais intensa quando estão em jogo os direitos fundamentais.”³⁶¹ Não se admite, portanto, negativa de eficácia dos direitos fundamentais por ausência de regulamentação, bem como vincula-se toda e qualquer produção legal ou exegética aos direitos fundamentais.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei n. 4.116, de 27.8.62. Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão (c.f., art. 153, par. 23). é inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe “condições de capacidade.” representação procedente “in totum”. Procurador Geral da República / Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro e Presidente do Senado Federal / Conselho Federal dos Corretores de Imóveis / Lucio Fernandes Monteiro da Cruz. Relator: Cordeiro Guerra. 10. mai. 1976. DJ 02 set. 1977. p. 5969. Sublinhado constante do original.

³⁶⁰ ESPANHA. Constituição (1978) **Constitución Española**. Disponível em <<http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/index.html>> acesso em 11.09.07. “**Artículo 53 1.** *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*”

³⁶¹ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação Imediata dos direitos e garantias fundamentais: A busca de uma gênese emancipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.29.

Em relação à eficácia dos Direitos Fundamentais, a Constituição Portuguesa de 1976 determina que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”,³⁶² em disposição que, segundo Canotilho e Vital Moreira, evidencia que os mandamentos de direitos, liberdades e garantias não são simples normas programáticas ou preceptivas, mas sobretudo normas de eficácia imediata, podendo ser aplicadas diretamente.³⁶³

A Constituição brasileira de 1988, muito embora também tenha sido decorrente de rompimento de regime político, deixou de consignar, de forma expressa, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em seu texto, muito embora a omissão de forma alguma tenha significado a sua omissão pelo constituinte que, em diversas passagens prestigiou seus fundamentos, assunto que será objeto de análise ulterior.

3.3 AFIRMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Epistemologicamente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal antes do advento da Constituição Federal de 1988 foram tratadas no tópico referente ao desenvolvimento histórico dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que o objeto da pesquisa cinge-se à análise dos princípios da forma que restam dispostas no sistema jurídico atual.

Para a elaboração do presente tópico foram pesquisados os setenta e oito³⁶⁴ julgados indexados pelo próprio Supremo Tribunal federal como relativos à razoabilidade e à proporcionalidade, simultaneamente, que foram objeto de apreciação do plenário da Corte, e publicados até a data da conclusão da pesquisa. Dos arestos, foram selecionados os mais significativos, evitando a repetição daqueles que versavam sobre o mesmo assunto.

³⁶² PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Op. Cit. Art. 18.

³⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit.

³⁶⁴ Pesquisa atualizada em 26.08.07.

Neste aspecto merece destaque o contínuo crescimento, no tempo, do número de acórdãos que tratam da razoabilidade e da proporcionalidade, o que pode ser aferido pelo espaçamento cronológico dos primeiros anos da década de 90 do Século XX, e da extrema concentração de casos nos primeiros anos do século XXI.

Reconhecendo a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, em 1993, os empregou para declarar inconstitucional³⁶⁵ uma lei que determinava a pesagem dos botijões de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP à vista do consumidor, com a necessidade de que cada um dos estabelecimentos e caminhões que vendessem os produtos possuíssem uma balança com relativa precisão, devidamente aferida pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO. Com a medida, esperava-se que cada compra de gás fosse acompanhada da respectiva pesagem do botijão devolvido e do recebido, para conferir tanto a quantidade de gás que estava sendo vendida, como a existência de eventual resíduo no vasilhame devolvido, o que geraria direito a compensação ou desconto.

O deferimento da cautelar levou em consideração que a montagem de todo o aparato necessário à pesagem dos botijões seria extremamente dispendiosa, quiçá tecnologicamente impossível, em razão da incompatibilidade entre o alto grau de precisão que seria exigido da balança, e a rusticidade com que é realizado o transporte do gás. No caso, a norma também seria desnecessária, pois haveria outras formas de se fiscalizar o peso dos botijões, por exemplo a pesagem na saída e entrada das fábricas, o que atenderia ao mesmo fim de forma muito menos onerosa. Por derradeiro, a medida, que buscava gerar economia aos consumidores, culminaria por elevar o preço do produto, em decorrência dos já mencionados entraves.

O aresto demonstrou a preocupação da corte com o equilíbrio entre os bens que se encontravam sob ponderação desenvolvendo, de forma técnica os subprincípios nos quais se subdivide a proporcionalidade. A providência, no caso, era adequada, eis

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2. Confederação Nacional do Comércio e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Sepúlveda Pertence. 1 jul. 1993. Brasil. DJ. 5 jun. 1998. p. 2.

que capaz de solucionar o problema em foco. No entanto, mostrou-se desnecessária, uma vez que havia meio menos gravoso de se chegar ao mesmo fim, bem como desproporcional em sentido estrito pois, inclusive, implicaria em aumento do preço do gás.

Em 1994 foi procedido o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade onde se discutiu a validade da lei que previa concessão de adicional de férias a servidor público inativo. No caso o Supremo Tribunal Federal entendeu que a razoabilidade era projeção do *substantive due process of law* norte-americano, portanto limite insuperável do poder normativo do Estado, impedindo-o de legislar de forma injusta ou absurda:

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.³⁶⁶

Manifestando-se no mesmo processo, o Ministro Pertence deferiu a suspensão da eficácia da norma com fundamento na igualdade, moralidade e razoabilidade, uma vez que, no seu entender, “não se pode conceder remuneração absolutamente despida de causa no serviço público.”³⁶⁷ A medida mostrou-se flagrantemente irrazoável, eis que o adicional de férias não pode ser concedido a quem não goza férias, uma vez que aposentado.

Em 1996, ao discutir a razoabilidade de norma eleitoral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar ação onde era questionada a inconstitucionalidade de lei em decorrência de suposta irrazoabilidade. Muito embora tenha denegado o pedido, o julgamento gerou ementa extremamente elucidativa do ponto de vista doutrinário:

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do § 2º do art. 9º da Lei n. 1.879, de 05.01.89, do Estado do Amazonas. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8. Procurador-Geral da República e Governo do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Celso de Mello. 19 dez. 1994. BRASIL. DJ. 26 mai. 1995. p.15154.

³⁶⁷ Ibidem.

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 postulado 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.³⁶⁸

De fato, a relevância do aresto para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reside na demonstração de que a corte admite a sua competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica em razão de sua desproporcionalidade ou irrazoabilidade.

Quando chamado a decidir acerca da razoabilidade e da proporcionalidade do Exame Nacional de Cursos³⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal demonstrou extrema maturidade no cuidadoso cotejo dos princípios em referência, destacando que embora a exigência da realização, pelo aluno, de mais uma prova, seja ofensiva à comodidade dos mesmos e, de certa forma, até inconveniente, tal imposição não representa nenhum ônus exacerbado ao estudante, mormente que a ele não causa qualquer prejuízo, como por exemplo, entrave à formatura, ou publicidade da sua classificação. Ao apreciar a utilidade do meio empregado para a obtenção do fim

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Eleições Municipais de 1996 – Coligações Partidárias apenas para eleições proporcionais - vedação estabelecida pela lei n. 9100/95 (art. 6) – Alegação de ofensa ao princípio da autonomia partidária (CF, art. 17, §1º) e de violação aos postulados do pluripartidarismo e do regime democrático – Ausência de plausibilidade jurídica - Medida cautelar indeferida. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1407-2. Partido Comunista do Brasil – PC do B e Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. 07 mar. 1996.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I – Avaliação Periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei 9131/95, art. 3º e parágrafos. Arguição de Inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao substantive *due process* inscrito no art. 5º, LIV, da C.F., à autonomia universitária – CF, art. 207 – e que teria sido ela argumentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, da C.F. II – Irrelevância da arguição de inconstitucionalidade. III – Cautelar indeferida. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1511-7. Presidente da República e Congresso Nacional e Partido Comunista do Brasil e outros. Relator: Carlos Velloso. 16 out. 1996. DJ. 6 jun. 2003. p. 29.

colimado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora o exame não seja um critério absolutamente seguro para a aferição dos cursos, traz benefícios coletivos que superam as limitações de direitos, não comprometem o núcleo das garantias dos cidadãos, sendo, portanto, úteis, razoáveis e proporcionais.

O fato de o estudante ser chamado a prestar um exame, cujos resultados não influirão na sua aprovação na Faculdade, nem impedirão a sua formatura, não me parece representar para ele “um ônus descabido, desproporcional e dessarrazoado.” Prestar o estudante mais um exame, mais uma prova, parece-me até natural para o estudante. Representaria esse exame um ônus para o estudante, se esse exame implicasse reprovação na faculdade, ou impedisse, o resultado negativo, a sua formatura.³⁷⁰

Quanto à ponderação entre o peso do ônus imposto ao aluno e o benefício coletivo dele advindo, salienta o Relator, em seu voto condutor:

O certo é que a deficiência de muitos cursos e instituições universitárias é patente. É preciso, então, localizar as deficiências e as instituições deficientes. Nada melhor, para isso, que se avalie o destinatário do ensino, o aluno. Impedir a avaliação, sob o argumento de que é ela penosa para o estudante de hoje é condenar gerações e gerações presentes e futuras ao mal ensino, à frustração de um diploma que vai servir, unicamente, para ser dependurado na parede.³⁷¹

Neste julgado também ficou clara a preocupação da corte em avaliar os três subprincípios que constituem a proporcionalidade e restou reconhecido que a norma gerava desconforto aos egressos, eis que os obrigava a realizar mais uma prova. No entanto, a exigência foi considerada necessária, uma vez que a relação entre o referido desconforto de alguns alunos e o benefício que a exigência proporcionaria era manifestamente favorável. A norma foi, portanto, declarada adequada, necessária e proporcional.

Posteriormente, em 1998, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a razoabilidade e a proporcionalidade da norma que buscou incrementar, de dois para cinco anos, o prazo para o ajuizamento de Ação Rescisória, quando fossem autores os entes federados, suas autarquias e fundações. No caso, prevaleceu o entendimento de que a pretendida majoração de prazos processuais, além dos já determinados pelo Código de Processo Civil, representa irrazoável concessão de

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ Ibidem.

privilégio, sem qualquer razão que justifique.³⁷² De fato, não havia qualquer razoabilidade e proporcionalidade no aumento do prazo para o ajuizamento de tais ações. A majoração seria adequada, pois incrementaria o tempo dos entes federados para reabrir os processos em que tivessem sucumbido. No entanto não seria necessária, eis que restou entendido que dois anos é prazo mais que suficiente para se analisar eventual ilegalidade em decisão judicial. Finalmente, a norma não se mostrou proporcional em sentido estrito, pois com o tempo extra para a Fazenda Pública rediscutir os arrestos, estaria comprometida a segurança jurídica. Da mesma forma, não haveria razoabilidade em manter prazos tão distintos entre os particulares e os entes federados.

Também em 1998 foi deferido *habeas corpus* para trancar ação penal proposta contra agente político que, por pouco mais de um ano, contratou, sem concurso público, um funcionário para varrição urbana. Afirmou o Supremo Tribunal Federal que não era razoável, nem proporcional, que uma pessoa, contra a qual não pende nenhuma outra acusação, pudesse ser presa por um delito insignificante:

Justa causa – insignificância do ato apontado como delituoso. Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa. A isto direcionam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto.³⁷³

Este foi um típico caso em que a corte ponderou a aplicação de uma regra jurídica que, muito embora válida e eficaz, não foi aplicada ao caso concreto em razão de suas consequências serem extremamente gravosas em relação ao fato ocorrido, num verdadeiro exame da insignificância do fato.

³⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Deferir o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da Ação Direta, os efeitos do art. 4º e seu parágrafo único de medida provisória. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 1753. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence. 16 abr 1998. Brasil. DJ 12 jun 1998. p. 51.

³⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Deferimento do *habeas corpus*, para trancar a ação penal por falta de justa causa. *Habeas Corpus* nº 77.003-4. Valéria Cardoso Teles de Carvalho e Délio Lins e Silva e Superior Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. 16 jun. 1998. p.5.

Ainda em 1998, o plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Relator Ministro Mello, suspendeu liminarmente a eficácia de norma fiscal³⁷⁴ que impunha multa de 300% (trezentos por cento) como sanção pelo não recolhimento tempestivo de tributos.

... revela-se inquestionável, dessa maneira, que o '*quantum*' excessivo dos tributos ou das multas tributárias, desde que irrazoavelmente fixado em valor que comprometa o patrimônio ou ultrapasse o limite da capacidade contributiva da pessoa, incide na limitação constitucional, hoje expressamente inscrita no art. 150, IV, da Carta Política, que veda a utilização de prestações tributárias com efeito confiscatório, consoante enfatizado pela doutrina [...] e acentuado pela própria jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal [...].

É certo que a norma inscrita no art. 150, IV, da Constituição encerra uma Cláusula aberta, veiculadora de um conceito jurídico indeterminado, reclamando, em consequência, que os Tribunais, na ausência de "uma diretriz objetiva e genérica, aplicável a todas as circunstâncias" [...] procedam à avaliação dos excessos eventualmente praticados pelo Estado, tendo em consideração as limitações que derivam do princípio da proporcionalidade.

Sem tratar da razoabilidade ou da proporcionalidade de forma expressa, a Corte afirmou a existência de limites insuperáveis que impedem a prática de excessos, ainda que pelo legislador.

A Constituição da República, ao disciplinar o exercício do poder impositivo do Estado, subordinou-o a limites insuperáveis, em ordem a impedir que fossem praticados [...] excessos que culminassem por comprometer, de maneira arbitrária, o desempenho regular de direitos que o sistema constitucional reconhece e protege.³⁷⁵

Conclusivamente, o Relator afirmou a sujeição do Legislativo aos princípios que ordenam todo o sistema constitucional, devendo restringir sua atuação aos limites da Constituição, nos seguintes termos: "O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada ao princípio da razoabilidade." Uma vez transgredidos

³⁷⁴ BRASIL. Lei 8.846 de 21 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, e dá outras providências. Disponível em < <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1994/8846.htm>>. acesso em 24.07.07.em: 17 jul. 2007. Artigo 3º.

³⁷⁵ Extrato do voto condutor do Ministro Celso de Mello in BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Deferimento do *habeas corpus*, para trancar a ação penal por falta de justa causa. *Habeas Corpus* nº 77.003-4. Op. Cit.

tais preceitos, o Supremo Tribunal Federal também asseverou a sua competência para “neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais”.³⁷⁶

A questão da confiscatoriedade dos tributos foi novamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 1999, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010, onde restou confirmado que a lei deve seguir padrões de razoabilidade, no entanto, aferidos sobre a totalidade da carga tributária que incide sobre o contribuinte

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público.³⁷⁷

Em 1999, quando da apreciação da possibilidade de Município exigir taxa de recolhimento de lixo, tendo como base a metragem do imóvel, teve o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de afirmar que a exação era irrazoável, uma vez que o custo para recolher lixo não guarda relação com o tamanho do imóvel, mas sim com a quantidade de resíduos.

A meu ver, Senhor Presidente, não podemos, permitam-me os Colegas, cogitar sequer de razoabilidade, cogitar sequer de um nexos de causalidade, porque não crio que possamos afirmar, peremptoriamente, que, quanto maior o imóvel, maior o serviço de coleta de lixo. Não posso assentar premissa de que a extensão do imóvel conduz, em si, ao maior trabalho na coleta do lixo. Há de perquirir-se, por exemplo, a atividade que se desenvolva no imóvel, para saber-se a extensão do serviço prestado pelo próprio Estado.³⁷⁸

³⁷⁶ cf. voto do Min. Celso de Mello. *Ibidem*.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido da medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, no caput do art. 1º da lei nº 9.783, de 28 jan. 1999, a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. 30 set. 1999. Brasil. DJ 12 abr. 2002 p.51.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio, não conhecer do recurso extraordinário. Recurso Extraordinário nº 232393-1. Leine Aparecida Moretti Penado e Município de São Carlos. Relator: Carlos Velloso. 12 ago. 1999. p. 55.

Muito embora o posicionamento do Ministro Marco Aurélio tenha restado vencido no caso sob exame, merece destaque a alusão ao princípio da razoabilidade, vez que ela foi o critério utilizado para o julgamento: se era razoável ou não a exigência de taxa de recolhimento de lixo tomando-se como base a metragem do imóvel. No caso, restou entendida a razoabilidade da cobrança, uma vez que, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, "... se, conforme a generalidade dos casos, a maior área construída corresponderá maior produção de lixo, e conseqüentemente, maior custo do serviço."³⁷⁹

De fato, a taxa há de levar em conta não a capacidade contributiva do cidadão, mas o ônus que ele gera à coletividade, servindo, finalisticamente, como verdadeira contraprestação. Em que pese o fato do direito admitir presunções, estas não podem ser absolutas, como a pressuposição de que a quantidade de lixo produzido em um imóvel é proporcional à sua área. Para tanto, é suficiente imaginar o lixo produzido por uma casa que possua um campo de futebol e um restaurante, ou uma residência densamente populosa.

Em 1999 o Supremo Tribunal Federal também apreciou a constitucionalidade da nova redação dada ao parágrafo 2º do artigo 33 do Decreto 70.235/72 pelo artigo 32 da Medida Provisória nº 1.699/41, de 27.10.98, bem como o caput do artigo 33 da referida Medida Provisória. A norma tinha por objetivo condicionar o recurso administrativo de segunda instância ao prévio depósito da quantia controvertida,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 33, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º, da medida provisória nº1.863-53, de 24 set. 1999, e, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marcos Aurélio, em .indeferimento da suspensão cautelar do § 2º do art. 33 do Decreto Federal nº 70.235, 6 mar. 1972, com a redação dada pelo art. 32 da mencionada MP nº 1.863-53/1999. Ações Diretas de inconstitucionalidade nº. 19.922-9 e 1.976-7. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação Nacional da Indústria – CNI e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. 6 out. 1999. DJ 24 nov. 2000 p.55.

³⁷⁹ Fragmento do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I – O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU – a metragem da área construída do imóvel – que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomada em linha de conta na definição da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base impositiva da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base impositiva do tributo. Tem-se, com isto, também forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º. II – R.E. não conhecido. Recurso Extraordinário nº 232393. Leine Aparecida Moretti Penedo e Município de São Carlos. Relator: Carlos Velloso. 12 ago. 1999. DJ 5 abr. 2002. p. 55.

bem como reduzir o prazo para o ajuizamento de ação fiscal que tivesse por objetivo atacar lançamento fiscal.³⁸⁰

Na ocasião, o Ministro Celso de Mello entendeu que a exigência de prévio depósito afrontaria o devido processo legal, enquanto o Ministro Moreira Alves capitaneou posicionamento diametralmente oposto. Merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello, para quem a razoabilidade e a proporcionalidade são verdadeiros critérios de aferição da validade das demais normas jurídicas.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais [...] - como postulado básico de contenção dos excessos do poder.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* [...]

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Em seu voto, o Ministro manifesta seu posicionamento acerca da existência de limitações materiais à atuação do legislador, que deverá exercer a sua atividade

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Impugnação à nova redação dada ao §2º do artigo 33 do Decreto Federal 70.235, de 06.03.72, pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27.10.98, e o “caput” do artigo 33 da referida Medida Provisória. Aditamentos com relação às Medidas Provisórias Posteriores. Em exame compatível com a liminar requerida, não têm relevância suficiente para a concessão dela as alegadas violações aos arts. 62 e § 5º, XXXIV, XXXV, LIV e LV, e 62 da Constituição Federal quanto à redação dada ao artigo 33 do Decreto Federal 70.235/72 - recebido como lei pela atual Carta Magna - pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27 de outubro de 1988, atualmente reeditada pela Medida Provisória 1863-53, de 24 de setembro de 1999. No tocante ao “caput” do já referido artigo 33 da mesma Medida Provisória e reedições sucessivas, basta, para considerar relevante a fundamentação jurídica do pedido, a alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição) por violação da razoabilidade e proporcionalidade em que se traduz esse princípio constitucional. Ocorrência, também, do “*periculum in mora*”. Suspensão de eficácia que, por via de conseqüência, se estende aos parágrafos do dispositivo impugnado. Em julgamento conjunto de ambas as ADINs, delas, preliminarmente, se conhece em toda a sua extensão, e se defere, em parte, o pedido de liminar, para suspender a eficácia, “*ex nunc*” e até julgamento final do artigo 33 e seus parágrafos da Medida Provisória nº 1863-53, de 24 de setembro de 1999. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1922-9. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação Nacional da Indústria e Presidente da República. Relator: Moreira Alves. 6 out. 1999.

pautado nos mandamentos constitucionais, dentre os quais merecem destaque o devido processo legal e a proporcionalidade.

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como verdadeiras limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo.

Cumprir enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.³⁸¹

Concluindo o seu voto, o Ministro Celso de Mello leciona que o cerne do devido processo legal substantivo é, na verdade “ ...a necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.”³⁸² Explica ainda que o Parlamento não possui competência para legislar “...de forma imoderada e irresponsável...”³⁸³, e que o exercício de tal atividade desta maneira é apta a acarretar “situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.”³⁸⁴ Invoca ainda Caio Tácito que, lembrando Santi Romano, defende que a teoria do desvio do poder legislativo deve ser aplicada ainda quando na hipótese de exercício discricionário, que deve ser pautado sempre em harmonia com o interesse público.³⁸⁵ Conclui-se que, superado esse limite, e exteriorizando, a norma legal, conteúdo tisonado pelo vício da irrazoabilidade, vem o legislador, em tal anômala situação, a incidir em causa configuradora do excesso de poder, o que compromete especialmente naquelas situações em que a lei se reduz à condição de deliberação estatal totalmente

³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 33, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º, da medida provisória nº 1.863-53, de 24 set. 1999, e, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marcos Aurélio, em indeferimento da suspensão cautelar do § 2º do art. 33 do Decreto Federal nº 70.235, 06 mar. 1972, com a redação dada pelo art. 32 da mencionada MP nº 1.863-53/1999. Ações Diretas de inconstitucionalidade nºs. 1.9922-9 e 1.976-7. Cons elho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação Nacional da Indústria – CNI e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. 6 out. 1999. DJ 24 nov. 2000 p 189.

³⁸² Fragmento do Voto do Min. Celso de Mello no ADI-MC 1976 / DF. Ibidem.

³⁸³ Ibidem.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ Ibidem.

opressiva e arbitrária – a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa.³⁸⁶

Em 2001 foi julgada Ação Direta de Inconstitucionalidade por meio da qual foi questionada a constitucionalidade de lei estadual que previa a pensão mensal para crianças geradas por estupros. No caso, levava-se em consideração tão-somente a situação da concepção, em abstração à real necessidade da criança ou da sua família, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal julgou a lei inconstitucional por falta de razoabilidade, conforme os votos dos Ministros Moreira Alves e Ilmar Galvão.³⁸⁷

No caso, admite-se que o Supremo Tribunal Federal poderia ter declarado a inconstitucionalidade de apenas uma interpretação da norma, uma vez que seria possível entender que o benefício seria concedido apenas àquelas famílias que não tivessem condições de, sem ela, subsistir dignamente. Já a interpretação de que a provisão seria devida às famílias que dela prescindissem poderia ter sido declarada inconstitucional.

O Ministro Relator Néri da Silveira também empregou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando proferiu o seu voto em Ação Direta de Constitucionalidade onde era discutida a validade das normas jurídicas criadas para conter a crise de energia elétrica, ou ‘apagão’ de 2001. Entendendo pela inconstitucionalidade do valor extra aplicado aos que extrapolavam a meta de consumo mensal estipulada a cada um dos consumidores, o Ministro afirmou que “... os valores previstos nas normas em referência também não poderiam prevalecer por sua desproporção, relativamente à causa de sua exigência, ferindo os princípios de razoabilidade e da proporcionalidade.”³⁸⁸

³⁸⁶ Ibidem.

³⁸⁷ “dessa forma, ante a falta de razoabilidade da discriminação na concessão do benefício instituído pela lei sob enfoque, patente sua inconstitucionalidade, frente à norma do art. 5.º, LIV, da Carta da República.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgar procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Mato Grosso do Sul, de nº 1.949. de 22 jan. 1999. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.019-6. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ilmar Galvão. 2 ago. 2001. Brasil. DJ. 21 jun. 2002 p. 95.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e

O Ministro, muito embora tenha citado lição de Gilmar Ferreira Mendes e o histórico voto do Min. Oroszimbo Nonato, distinguiu o exame de constitucionalidade das normas da aferição da proporcionalidade³⁸⁹. No caso concreto, a corte declarou ser desproporcional e irrazoável a cobrança de “multa” de até 200% sobre o consumo elétrico que ultrapassasse o limite fixado pelo Estado, entendendo pela sua inconstitucionalidade.

Tal inteligência, contudo, restou vencida pelo posicionamento capitaneado pela Ministra Ellen Gracie que, ao apreciar o caso, adotou postura utilitarista como fundamento para declarar a constitucionalidade da medida, sob o pretexto de tratar-se de medida necessária à contenção do consumo excessivo de energia elétrica por uns, assegurando assim o abastecimento de um mínimo, para todos.

De fato, a medida parece adequada, eis que presta-se ao fim a que se destina. No entanto, pode ser considerada desnecessária por excessiva, e assim desproporcional. Em outras palavras, multa de menor magnitude poderia gerar efeitos semelhantes, sem macular de forma tão gravosa o patrimônio das pessoas.

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade material de uma Medida Provisória, onde foi colocada em cheque a existência fática dos seus comezinhos requisitos autorizadores, sejam eles a relevância e urgência, na forma do artigo 62 da Constituição.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a sua competência para apreciar não apenas a constitucionalidade formal das leis, mas também para controlar as rupturas que ocorrem pelo exercício excessivo, abusivo ou anormal de algum poder³⁹⁰, protegendo ainda a Constituição de manipulações exegéticas,

das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a constitucionalidade dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, a qual revogou a Medida Provisória nº 2148-1, de 22 de maio de 2001, hoje sob o número 2.198-5 e datando de 24 de agosto de 2001. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9. Presidente da República. Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, (Ellen Gracie, Relatora para acórdão). 23 abr. 2004.

³⁸⁹ “de fato, tem-se admitido que, em se cogitando de restrições a direitos, caiba verificar não apenas da admissibilidade constitucional da restrição eventualmente estabelecida, mas também de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 9 p. 46. Op. Cit.

³⁹⁰ “Essa ruptura, no entanto, ocorrerá sempre que qualquer dos Poderes exercer, com expansão desordenada, atribuições que não lhe são próprias, ou, então, impedir, por atos que se desviem da

exemplificativamente, quando apura a existência fática dos pressupostos constitucionais relevância e urgência: “tais pressupostos, precisamente porque são requisitos de índole constitucional, expõem-se, enquanto categorias de natureza jurídica, à possibilidade de controle jurisdicional.”³⁹¹ Concluiu o relator:

Vê-se, pois, que a relevância e a urgência – que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados – qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores da edição das medidas provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.

Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias.³⁹²

Trata-se, exatamente, do controle, pelo poder judiciário, do abuso de poder de legislar, que o próprio Ministro Celso Mello entende competir ao Supremo Tribunal Federal, o que faz com respaldo na própria jurisprudência da Corte, segundo a qual, apesar de formados por conceitos abertos, a existência fática dos pressupostos constitucionais pode ser por ela aferida.³⁹³ No caso, muito embora a Corte tenha se manifestado de forma veemente acerca da possibilidade de tal controle, a norma foi julgada constitucional, eis que entendido que restavam existentes os requisitos autorizadores da Medida Provisória.

ortodoxia constitucional, o normal desempenho, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhe são inerentes.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - A questão do abuso presidencial na edição de medidas provisórias – possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, caput) – reforma agrária – necessidade de sua implementação – invasão de imóveis rurais privados e de prédios públicos – inadmissibilidade – ilicitude do esbulho possessório – legitimidade da reação estatal aos atos de violação possessória – reconhecimento em juízo de delibação, da validade constitucional da MP nº 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como MP nº 2.183-56/2001- inoportunidade de nova hipótese de inexistência de imóveis rurais – medida provisória que se destina, tão-somente, a inibir práticas de transgressão à autoridade das leis e à integridade da Constituição da República – arguição de inconstitucionalidade insuficientemente fundamentada quanto a uma das normas em exame – inviabilidade da impugnação genérica - conseqüente inconstitucionalidade parcial da ação direta – pedido de medida cautelar conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 2213-0. Partido dos Trabalhadores e Presidente da República. Relator: Celso de Mello. 4 abr. 2002. p.333.

³⁹¹ Ibidem p. 334.

³⁹² Ibidem p. 335.

³⁹³ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. [...] Pedido de liminar indeferido. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator: Moreira Alves. 14 dez. 1989. DJ 19. set. 1997, p. 45525.

Também em 2002 o Ministro Maurício Correia relatou processo em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal discutiu a proporcionalidade existente entre o número de vereadores e os habitantes dos Municípios, ocasião em que ponderou, ainda que de forma simplória, tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade.³⁹⁴

Talvez uma das mais emblemáticas análises de inconstitucionalidade por irrazoabilidade ou desproporcionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal tenha ocorrido quando da apreciação de Lei editada pelo Estado do Espírito Santo que proibia o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose, sob o pretexto de que tais florestas poderiam causar danos ao meio ambiente.³⁹⁵ Como se pôde aferir pela leitura do relatório e dos votos, a malsinada norma não ultrapassava qualquer dos critérios para a aferição da razoabilidade e da proporcionalidade.

Inicialmente foi verificado que a restrição era ineficaz, uma vez que o fim colimado pela norma (proteção do meio ambiente) não poderia ser atingido pelo mandamento legal (proibição de se plantar eucalipto para fins de produção de celulose), uma vez que se fosse verdade que tais florestas prejudicavam o meio ambiente, sua implantação deveria ser proibida para qualquer fim, e não apenas para a extração de celulose. O Supremo Tribunal Federal entendeu que teriam que ser combatidas as ditas culturas, e não o plantio para determinado propósito.³⁹⁶ A norma foi ainda

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. [...] 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos. 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. [...] 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. Recurso Extraordinário nº197.917-8. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. 6 mar. 2002. DJ 7 mai. 2004. p. 8.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento da medida acauteladora para suspender a eficácia da Lei nº 6.780, de 03 out. 2001, do Estado do Espírito Santo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.623-2. Confederação Nacional da Indústria, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil e Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Maurício Corrêa. 6 jun. 2002. Brasil. DJ 14 nov. 2003. p.11.

³⁹⁶ No caso, a lei expressamente autorizava o plantio de eucalipto para outros fins, vedando tão somente o plantio para produção de celulose.

considerada desproporcional por representar clara restrição à principal exploradora de celulose do Estado do Espírito Santo, que seria a única prejudicada com a erradicação das florestas. A proibição violava a isonomia, uma vez que proibia que fosse cultivada a floresta para um determinado fim, enquanto se permitia para outro.

A lei, enquanto estabelecia grave violação à propriedade, com o pretexto de que a atividade proibida representa riscos ambientais, dentre outros, determinava a realização de exames a fim de constatar se tais riscos existiam. Tais perícias, contudo, também foram consideradas desproporcionais e irrazoáveis.

Quando da prolação dos votos da Medida Cautelar, os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves desenvolveram o tema:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – quando se planta eucaliptos, planta-se puramente eucaliptos; vende-se o resultado desse plantio, dependendo do mercado no momento da venda. Ou seja, ninguém planta eucalipto para um fim determinado; vender-se-á, no momento da produção, para aquele mercado que pagar melhor. Logo, quando se planta, não se tem, necessariamente, esse destino. Só terá o direito de plantar para o fim de celulose o proprietário da terra. A terra é propriedade da empresa que produz celulose; assim, está-se proibindo que a empresa Aracruz Celulose plante eucalipto.

Ora, isso não tem o mínimo sentido. É desfaçatez uma legislação dessa natureza, tendo em vista a leitura que agora foi feita.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Aqui é um caso típico de falta de razoabilidade, até porque a pessoa pode plantar, e, quando a árvore já estiver crescida, dizer: comecei plantando para celulose, agora resolvi plantar para fazer carvão.

Em 2002 o princípio da razoabilidade foi novamente invocado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal quando da declaração da inconstitucionalidade da norma do artigo 82, parágrafo 3 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que obrigava que o Estado antecipasse o pagamento dos salários de seus servidores, medida que à Corte pareceu irrazoável.³⁹⁷ De fato, a medida é manifestamente irrazoável, eis que não há qualquer razão que imponha o Estado a adiantar salários, uma vez que classicamente tais verbas são percebidas após a prestação dos serviços, e não antes.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgar procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 82 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 247-3. Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ilmar Galvão. 17 jun. 2002. Brasil. DJ 26 mar. 2004. p. 5.

Foi ainda em 2002 que o Ministro Celso de Mello relatou Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade³⁹⁸ onde se discutia a razoabilidade da Lei nº 2921/2002, do Distrito Federal, que autorizava o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior. A norma foi julgada inconstitucional por violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, segundo o Ministro, devem orientar “todas as normas emanadas do Poder Público”³⁹⁹, uma vez que “A ausência, na regra legal, do necessário coeficiente mínimo de razoabilidade põe em evidência a grave questão pertinente ao abuso da função de legislar.”⁴⁰⁰ Novamente o Supremo Tribunal Federal afirmou a sua competência para empregar a razoabilidade e a proporcionalidade como limite à atividade do Poder Legislativo.

Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. - as normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do poder público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law". lei distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. a exigência de razoabilidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. - a exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do poder público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Em seu voto, o Ministro Celso Mello, grande defensor dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, teve a oportunidade de asseverar que o princípio da proporcionalidade é um coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais e postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.⁴⁰¹

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conceder a medida acauteladora para suspender, com eficácia “*ex tunc*”, a execução e a aplicabilidade da Lei nº 2.921, de 22 fev. 2002, editada pelo Distrito Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.667-4. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. 19 jun. 2002. Brasil. DJ 12 mar. 2004. p. 36.

³⁹⁹ Ibidem.

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ Ibidem.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva, ou material, a garantia do “due process of law”.⁴⁰²

No Julgado foi acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que também defendeu a existência de “...coeficientes mínimos de razoabilidade...”⁴⁰³ como limites à atividade legislativa, ratificando a incorporação dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade ao *judicial review*.

Ainda em 2002 teve início o julgamento de pedido de Intervenção Federal⁴⁰⁴ onde a medida era requerida em decorrência do fato do Estado de São Paulo não estar honrando o pagamento dos precatórios judiciais. A princípio, o Ministro Marco Aurélio relatou o processo, proferindo voto no sentido do deferimento total da intervenção, sob o fundamento do critério objetivo do “não cumprimento da ordem judicial”⁴⁰⁵ e “ofensa ao primado do Judiciário”⁴⁰⁶ No entanto, prevaleceu o entendimento do Ministro Gilmar Mendes que, inaugurando a dissidência, adotou entendimento no sentido de que “Diante desse conflito de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade.” Como lembrou o Ministro, diante da premissa de que o Estado de São Paulo administra de forma saudável seus ativos, e só não paga todos os precatórios em razão da necessidade da manutenção dos serviços públicos, a intervenção seria absolutamente ineficaz,

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Distrital que dispõe sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos das terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior – Lei Distrital que usurpa a competência legislativa outorgada à União Federal pela Constituição da República - Considerações em torno das lacunas preençíveis – Norma destituída do necessário coeficiente de razoabilidade - ofensa ao princípio da proporcionalidade - atividade legislativa exercida com desvio de poder – plausibilidade jurídica do pedido - deferimento da medida cautelar com eficácia “*ex tunc*” [...] . Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2667/DF. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. 19 jun. 2002. DJ. 12 mar. 2004. p. 36.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento do pedido formulado na inicial da intervenção. Intervenção Federal nº 2.915-5. Nair de Andrade e outros e Estado de São Paulo. Relator: Marco Aurélio. 03 fev. 2003. DJ p. 11.

⁴⁰⁵ Ibidem.

⁴⁰⁶ Ibidem.

inadequada e desnecessária, eis que ao interventor também não será possível deixar de prestar os serviços públicos para honrar os precatórios.

Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais. Tanto é verdade que, ainda que ocorra uma intervenção no estado de São Paulo, o eventual interventor terá que respeitar as mesmas normas constitucionais e limites acima assinaladas pelo referido Estado, contando, por conseguinte, com apenas 2% das receitas líquidas para pagamento dos precatórios judiciais. Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível.⁴⁰⁷

Em seu voto, que foi posteriormente empregado em diversos outros feitos análogos, o Ministro, estudioso do Princípio da Proporcionalidade, ressalta a envergadura dos princípios em jogo merecendo destaque, sejam eles a proteção constitucional das decisões judiciais (precatórios), de um lado, e a autonomia dos Estados para a manutenção da prestação dos serviços públicos essenciais, como a educação e a saúde, de outro.

O julgamento final do caso, ocorrido apenas em 2003, levou em consideração que a medida extrema da intervenção deveria ser realizada mediante emprego da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que tão importante quanto honrar os compromissos judicialmente determinados (precatórios), ao Estado é de extrema relevância a manutenção da continuidade dos serviços públicos.

Cotejando os direitos sob o prisma dos subprincípios da proporcionalidade e da razoabilidade é possível constatar que a intervenção pleiteada era inadequada, uma vez que não seria apta a resolver o fim colimado, representado desnecessária limitação de direitos e, por fim, infração à proporcionalidade em sentido estrito.

Durante o período compreendido entre o início e o fim do julgamento do processo, ainda em 2002 o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º do artigo 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que fixou valores mínimos, porém extremamente elevados, para as multas pelo não recolhimento e sonegação de tributos estaduais. Ao relatar a Ação, o Ministro Ilmar Galvão salientou que as multas

⁴⁰⁷ Ibidem.

pelo não recolhimento de tributos devem seguir os princípios a eles inerentes, razão pela qual é aplicado o princípio da vedação ao confisco insculpido no artigo 150, IV da Constituição, a exemplo do que já havia sido decidido pela Corte quando do julgamento do RE 91.707⁴⁰⁸, onde se admitiu a redução de valor de multa que, por desproporcional, é configurada confiscatória.

Ao proferir o seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence deu uma relevante contribuição à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao, lembrando lição do Ministro Aliomar Baleeiro, mencionar que, não obstante haver, no sistema jurídico, conceitos vagos detentores de uma zona de imprecisão, neles também há a dita zona de precisão, que pode ser aferível sem maiores dificuldades pelo Poder Judiciário:

Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional.⁴⁰⁹

No mesmo sentido foi o entendimento do Ministro Marco Aurélio:

Embora haja dificuldade, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatemos que as multas são acessórias, e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal.

No caso, quando se cogita de multa de duas vezes o valor do principal – que é o tributo não recolhido – ou de cinco vezes, na hipótese de sonegação, verifica-se o abandono dessa premissa e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁴¹⁰

Da mesma forma que a mencionada sanção pela infração às regras vigentes quando do ‘apagão’ elétrico, foram declaradas adequadas, porém desproporcionais, a multa excessiva foi considerada inconstitucional por violar dois dos subprincípios da proporcionalidade.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ilmar Galvão. 24 out. 2002. Dj. 14.02.2003 p. 58.

⁴⁰⁹ Ibidem.

⁴¹⁰ Extrato do voto do Ministro Marco Aurélio. Ibidem.

O cerne da já referida Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1753/98-DF⁴¹¹ voltou ao Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2004, quando a Corte novamente examinou Medida Provisória editada com o objetivo de dilatar o prazo para o ajuizamento de Ação Rescisória, quando proposta pelos entes federados e MP, bem como tornar rescindível sentença em ação indenizatória, quando a indenização for manifestamente discrepante do preço do bem desapropriado. Quando da prolação de seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence salientou que, não obstante a isonomia ser imanente ao *procedural due process of law*, nos casos em que uma das partes é o Estado, a jurisprudência entende por razoável alguns favores a ele legalmente atribuídos, exemplificando a dilação de prazos para respostas e recursos, eis que discrimens necessários:

São discriminações, contudo, que, além da vetustez que lhes dá uma certa aura de respeitabilidade, se tem reputado constitucionais porque não arbitrários, na medida em que visem a compensar deficiências da defesa em juízo das entidades estatais: “O fundamento hodierno da exceção” – lê-se em Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, art. 188, 3ª ed., 1996, III/145) “está em precisarem os representantes de informações e provas que, dado o vulto dos negócios do Estado, duram

⁴¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação rescisória: argüição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MPr 1.703/98 a MPr 1798-3/99) editadas e reeditadas para alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial": preceitos que adotam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. 2. Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados, em particular, de sentença coberta pela coisa julgada. 3. A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 4. No caminho da efetivação do *due process of law* - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático - a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste decênio no Brasil. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1910/DF. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. 22 abr. 2004. DJ. p. 19.

mais que as informações e provas de que precisam os particulares. Se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais.”⁴¹²

Em síntese, o relator entendeu que muito embora a estrutura da advocacia pública exija, em alguns momentos, a criação de privilégios processuais justificados para o ente público, a tendência é da sua redução, “... à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros...”⁴¹³ Em seu voto, o Ministro Maurício Correia também consignou o seu entendimento no sentido de que a prorrogação do prazo para a constituição da coisa julgada é irrazoável, portanto inconstitucional.⁴¹⁴ O Presidente da Corte, Ministro Carlos Veloso, ao proferir o seu voto também invocou o princípio da razoabilidade, entendendo-o como critério de constitucionalidade das normas jurídicas, nos seguintes termos: “ ... isso não é razoável e, por não ser razoável, afronta a Constituição, presente a regra do substantive due process of law, inscrita no artigo 5º, LIV, da Constituição.”⁴¹⁵

Em 2004 o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade de lei nº 8383/91, que determinava que os contribuintes atualizassem o valor venal de bens constantes da sua declaração de imposto de renda. Na ocasião, o Ministro Grau refutou a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso, embora tenha chancelado a possibilidade do seu emprego quando a lei se mostrasse afrontosa ou excessiva à Constituição.

data venia, entendo que razoabilidade e proporcionalidade só podem – para usar um verbo ao gosto da Casa – ser “manejados” no momento em que o intérprete decide, opta por uma norma de decisão. A razoabilidade não pode ser usada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir a lei. Não estamos aqui para corrigir o legislador, salvo quando ele se exceda e

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ Fragmento do voto do Relator Sepúlveda Pertence. Ibidem.

⁴¹⁴ “Entrementes, com medida provisória, e aí, sem a indispensável razoabilidade, pretende-se mitigar, ainda mais, a coisa julgada, que é uma garantia constitucional, via novo julgamento para aferir-se se o preço do bem desapropriado, tal como fixado na sentença rescindenda após instrução probatória regular, é, ou não, o de mercado. A disciplina beira o absurdo normativo.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 188 do Código de Processo Civil, na redação dada pelo art. 5º da Medida Provisória nº 1.703-18, de 27 out. 1998, em sua reedição no art. 1º da Medida Provisória nº 1.798-3, de 08 abr. 1999, e, por maioria, também deferir a medida cautelar de suspensão da eficácia do inciso 5º da MP nº 1.703/1998. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.910-1. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence. 22 abr. 1999. Brasil. DJ 27 fev. 2004 p 19.

⁴¹⁵ Ibidem.

afronte a Constituição. Mas a decisão sobre a lei ser ou não razoável, isso não cabe a nós.⁴¹⁶

Na decisão o Ministro Grau manifestou de forma obscura entendimento de que o Poder Judiciário não é competente para aferir a razoabilidade e a proporcionalidade de uma lei, a não ser quando ela exceda e afronte a Constituição que, em outras palavras, vem a ser exatamente o conteúdo dos princípios em foco.

Em 2004 o plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou a razoabilidade da exigência de dois anos de formado como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no artigo 187 da Lei Complementar nº 75/93⁴¹⁷. De um lado, os Ministros Marco Aurélio⁴¹⁸ e Sepúlveda Pertence⁴¹⁹, entenderam a exigência irrazoável, uma vez que um período temporal após a colação de grau não configura discrimen necessário entre os bacharéis, que podem aproveitar tal período de formas absolutamente diversas. De outro, o Ministro Grau sustentou o seu entendimento no sentido da imprestabilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no controle concreto de constitucionalidade.⁴²⁰ No entanto, a Corte pendeu no sentido da constitucionalidade da restrição⁴²¹, declarando a improcedência da ação.

⁴¹⁶ Fragmento do voto do Min. Eros Grau. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. A exigência de atualização, pelo valor de mercado, dos bens declarados para fins de imposto de renda não viola os princípios da tipicidade, da reserva legal e da igualdade jurídica. 2. A razoabilidade não pode ser usada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir lei. 3. A finalidade da Lei n. 8.383/91 é ajustar o recolhimento do imposto sobre o lucro imobiliário. 4. Recurso a que se nega provimento. Recurso Extraordinário nº 209.843-4. Evilásio Lustosa Goulart e outros e União. Relator Min. Marco Aurélio. 10 nov. 2004. DJ. p. 1120. fls. 1139.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei Complementar nº 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende. 2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. Supremo Tribunal Federal. Julgar improcedente a ação. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9. Procurador-Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Néri da Silveira. 11 nov. 2004. Brasil. DJ. p. 5.

⁴¹⁸ “Ora, o preceito, ao versar tão-somente sobre a passagem do tempo, dada a titulação como bacharel em Direito, sem cogitar da experiência profissional, mostra-se desarrazoado, porquanto pode fazer surgir a incoerência.” Extrato do voto do Min. Marco Aurélio. *Ibidem*.

⁴¹⁹ “considero haver uma restrição a pressuposto básico de concurso público – a isonomia –, que, para ser legítima, há de sujeitar-se ao juízo de razoabilidade. Ela deve visar a alguma coisa, e esta não visa a coisa alguma.” Extrato do voto do Min. Sepúlveda Pertence. *Ibidem*.

⁴²⁰ “Afirmei ontem e torno a insistir que as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade só podem ser atuadas no momento da norma da decisão, quando este Tribunal, por exemplo, opera o controle concreto, não o controle difuso. Estou desprezando os argumentos sobre proporcionalidade e razoabilidade. Não estamos aqui para corrigir o legislador. Julgo procedente, em função de ofensa ao

A exigência de interregno obrigatório entre a colação de grau e a inscrição no concurso indubitavelmente representa violação ao direito do cidadão, no entanto, foi declarada constitucional por razoável, uma vez que adequada (apta a servir como critério de seleção, por suposta maturidade), necessária (porque há relação entre o meio e o fim) e proporcional em sentido estrito (pois guarda razoável proporção entre o fim e o meio)

Também em 2004 o Plenário do Supremo Tribunal Federal⁴²² enfrentou a interpretação da norma jurídica⁴²³ que pretensamente conferiria aos servidores públicos federais o direito a, quando removidos para local que implicasse mudança de domicílio, serem transferidos entre instituições de ensino, mormente quando tal transferência ocorresse de instituições privadas para públicas.

Em seu voto condutor, o Ministro relator entendeu que seria irrazoável que os servidores públicos da união pudessem ser aprovados em vestibulares de faculdades privadas e, com a remoção, adquirissem o direito de matricular-se em instituições públicas, onde, ainda segundo o Relator, pressupõe-se ensino de excelência, e gratuito⁴²⁴, em detrimento aos demais cidadãos.⁴²⁵ Quando da prolação de seu voto, o Ministro Grau afirmou:

princípio da acessibilidade aos cargos públicos, que extraio do art. 37, I e II e do inciso XIII do Art. 5º." Ibidem.

⁴²¹ No caso, a Min. Ellen Gracie entendeu que: "Dessa forma, com essas considerações, penso que o referido art. 187 da Lei Complementar nº 75/93 estabelece requisito razoável para o cargo, não representando ofensa ao texto constitucional." Da mesma maneira, o Min. Joaquim Barbosa Asseverou: "entendo que a fixação dos requisitos de acesso aos cargos públicos é uma função da lei. No caso, a lei estabeleceu esses requisitos de maneira bastante razoável, e não vejo nenhuma inconstitucionalidade." Finalmente, afirmou o Min. Cezar Peluso: "...nesses dois anos, o candidato eventualmente também possa ter aprimorado a prática profissional. Não considero a norma desarrazoada, com o devido respeito." Ibidem.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324. Procurador-Geral da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. 16 dez. 2004. DJ p. 1.

⁴²³ A norma é interpretada no sentido de viabilizar a transferência de alunos entre instituições de ensino privadas e públicas. Cf. BRASIL. Lei nº 9.536, de 11 de dezembro de 1997. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9536.htm>> acesso em 21 ago. 2007.

⁴²⁴ "... contam com verdadeiro *plus*, que é a passagem automática, em virtude da transferência, de uma situação onerosa e que veio a ser alcançada ante parâmetros singulares, para a reveladora de maior vantagem, presentes a gratuidade e a envergadura do ensino." Extrato do voto do Min Marco Aurélio. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se

Mas há de haver uma razão, uma razoabilidade. O Tribunal Constitucional alemão toma como fio condutor a idéia de que a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão razoável, que surja da natureza das coisas.⁴²⁶

O Ministro Joaquim Barbosa, ao apreciar a questão, também se manifestou no sentido da desproporcionalidade da medida, sob dois aspectos: inicialmente porque entendeu que havia meio menos gravoso para se chegar ao mesmo fim, posteriormente pelo desequilíbrio existente entre os direitos tutelados e os infringidos.⁴²⁷ Igual interpretação foi adotada pelo Ministro Cezar Peluso, que também declarou a desproporcionalidade da medida.⁴²⁸ Em suas sempre valiosas colaborações para a jurisprudência pátria, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a norma ultrapassou “o limite da desigualdade” do preceito da isonomia.

Isto porque, criada para compensar uma desigualdade inerente a certo grupo social, culminou por fazê-la de forma exagerada, instituindo um verdadeiro privilégio,⁴²⁹ no que foi acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.⁴³⁰

mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324. Op. Cit.

⁴²⁵ “Em síntese, dar-se-á a matrícula, segundo o artigo 1º da Lei nº 9.536/97, em instituição privada, se assim o for a de origem, e em pública, caso o servidor ou dependente for egresso de instituição pública.” Extrato do voto do Min Marco Aurélio. *Ibidem*.

⁴²⁶ Extrato do voto do Min. Eros Grau. *Ibidem*.

⁴²⁷ “... o atendimento ao grupo beneficiário da norma pode se efetuar de forma bem menos gravosa e restritiva de direitos de outros, seja ainda porque os benefícios que supostamente seriam obtidos com a implementação dessa norma não são suscetíveis de compensar os sacrifícios que ela engendra.” *Ibidem*.

⁴²⁸ “A mim me parece fora de dúvida que a norma estabelece discriminação injustificada entre um estamento, precisamente o dos servidores públicos, civis e militares e seus parentes, e o resto do universo dos interessados da sociedade, sob o pretexto de que os primeiros estão sujeitos a uma particularidade funcional, que é a possibilidade de transferência ou de remoção compulsória.

Digo injustificada, porque, para atender a essa particularidade, se vale de meio absolutamente desproporcional.” Extrato do voto do Min. Cezar Peluso. *Ibidem*.

⁴²⁹ “Conforme largamente assentado na doutrina, o fundamento jurídico para a transferência *ex officio* de servidores públicos consiste na necessidade de assegurar-lhes condições mínimas ou, pelo menos equivalentes, para que seja viabilizada a continuidade da prestação dos serviços públicos em consonância com o princípio constitucional da eficiência da Administração (CF, art. 37). No caso, o ato normativo impugnado dispensa tratamento diferenciado aos servidores públicos que, por ser irrestrito, viola o princípio da isonomia e, por conseguinte, afigura arbitrariedade incompatível com os ideais republicanos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. [...] De qualquer sorte, o fato é que a existência de razões para um tratamento diferenciado não leva necessariamente a regime de direito absoluto, em que aqueles agentes públicos e seus dependentes seriam detentores de um irrestrito poder de escolha. [...] O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos.” Extrato do voto do Min. Gilmar Mendes. *Ibidem*.

Em 2006 o Supremo Tribunal Federal enfrentou o julgamento da ADI 2591-1⁴³¹, na qual se discutia a sujeição das instituições financeiras ao Código de Defesa do Consumidor. Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso entendeu que a equiparação das entidades bancárias aos demais fornecedores de produtos ou serviços não é desproporcional, afirmando que a desproporcionalidade existiria caso, sem qualquer critério suficiente, estes fossem discriminadas daqueles.⁴³² Na mesma ocasião, o Ministro Grau aproveitou para lecionar acerca da natureza da razoabilidade e da proporcionalidade, que em seu entendimento, não são princípios, mas postulados normativos.

...“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.⁴³³

Também em 2006 o Supremo Tribunal Federal indeferiu a pretensão do Ministério Público Federal de promover irrestrita quebra de sigilo bancário, com o fim de buscar informações sobre um determinado correntista, por considerar a medida

⁴³⁰ “A solução para privilegiar um determinado grupo social deveria ter razoabilidade tal que não ofendesse o princípio da proporcionalidade.” Extrato do Voto do Min. Sepúlveda Pertence. *Ibidem*.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. [...] 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1. Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF e Presidente da República / Congresso Nacional. Relator (para o Acórdão) Eros Grau. 7 jun. 2006. DJ 29 set. 2006. p. 31.

⁴³² A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*” seria desarrazoada, ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos e serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos C.F., art. 5º, LIV não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do *discrimen*, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso mesmo, ao *substantive due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro (C.F., art. 5º, LIV). *Ibidem*.

⁴³³ a continuidade da preleção: “E assim é ainda que a nossa doutrina e certa jurisprudência pretendam aplicá-los, como se princípios fossem, a casos concretos, de modo a atribuir ao Poder Judiciário capacidade de “corrigir” o legislador. Isso me parece inteiramente equivocado, mesmo porque importa desataviada afronta ao princípio --- este sim, princípio --- da harmonia e equilíbrio entre os Poderes. De modo que não se sustenta a tentativa, da requerente da ADI, de inovar texto normativo [o Código de Defesa do Consumidor] no âmbito do Judiciário, pretendendo que este atue usurpando competência legislativa. O que se admite, unicamente, é a aplicação, pelo Judiciário, da razoabilidade como instrumento de equidade. Mas isso não no momento da produção da norma jurídica, porém no instante da norma de decisão. *Ibidem*.”

desproporcional e irrazoável como se vê pela leitura do voto condutor do Relator, Ministro Marco Aurélio:

A quebra de sigilo de dados linear, a alcançar as contas CC-5 de titularidade diversificada, sem a individualização deste ou daquele correntista, surge inadequada, não cabendo, por ora, deferi-la. Considerem os valores em jogo e, mais do que isso, o fato de não se ter justificativa aceitável para tamanha diligência. Viabilize-se a investigação, mas que isso não signifique o extravasamento do razoável e do proporcional. O inquérito visa a apurar o envolvimento de certo cidadão em ações passíveis de serem enquadradas como delitos e, por isso, o ato extremo de quebra de sigilo bancário há de ficar a ele limitado.⁴³⁴

O Ministro Ricardo Lewandowsky, adotando posicionamento idêntico, também entendeu pela irrazoabilidade da medida, uma vez que a proporcionalidade não é satisfeita pelo simples fato da medida ser necessária, necessitando esta ser também ser condizente com o fim colimado.⁴³⁵ No caso em foco, o entendimento foi acompanhado pelo Ministro Grau que, neste caso, reconheceu imperioso o emprego da proporcionalidade.

Senhora Presidente, apenas para confirmar, quero fazer referência ao voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 23.851 e também insistir que neste caso se aplica perfeitamente a pauta da proporcionalidade.

Demonstrando a dificuldade encerrada na análise dos requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade, o Ministro Carlos Brito arrimou-se nas mesmas normas para chegar a conclusão diametralmente oposta:

15. Diante, pois, de tão enfática quanto circunstanciada reiteração de um pedido sobremodo relevante pelo seu conteúdo e efeitos ético-sociais, não tenho como razoável nem proporcional o indeferimento contra o qual se insurge o M.P.F. nos autos do presente Agravo Regimental.

Foi também em 2006 que o plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade de

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Negar o provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do relator. Agravo Regimental no Inquérito nº 2.206-3. Ministério Público Federal e Henrique de Campos Meirelles. Relator: Marco Aurélio. 10 nov. 2006. Brasil. DJ 2 fev. 2007. p. 73.

⁴³⁵ “Ocorre que o deferimento da medida não é automático, não bastando a simples alegação de que ela é necessária para a investigação, fazendo-se mister a demonstração de que existem indícios idôneos da prática de crime por determinada pessoa ou pessoas. A autorização, ademais, sujeita-se ao prudente arbítrio do magistrado, que avalia a razoabilidade e a proporcionalidade da medida, podendo deferi-la ou indeferi-la, circunscrever sua extensão ou, ainda, postergá-la para melhor oportunidade.” Extrato do voto do Min. Ricardo Lewandowsky. Ibidem.

norma⁴³⁶ que condicionava o levantamento de precatórios à apresentação de certidões negativas, exigência inexistente na Constituição da República, fundamentando sua decisão, implicitamente, no princípio do tratamento isonômico das partes no devido processo legal.

De resto, também a Fazenda Pública, quando considerada, judicialmente, credora do cidadão não tem de apresentar qualquer documento a garantir que nada deve a ele em termos de restituição de indébitos ou pagamento de débitos. Por que, então, teria de fazê-lo o jurisdicionado, de forma diferenciada e gravosa a seu direito decorrente de decisão judicial?⁴³⁷

No caso, o Ministro Lewandowski salientou que não seria razoável que o credor da fazenda pública, assim declarado judicialmente, tivesse o seu direito condicionado a expedição de certidões.

... parece-me que ofende o princípio da razoabilidade, porque não é razoável que o credor da Fazenda Pública, ao final de uma longa “via crucis” processual, também lembrada aqui pelo eminente Professor Francisco Rezek da tribuna, se veja obrigado a conseguir certidões dos mais distintos órgãos públicos para levantar aquilo que lhe é devido pela Fazenda do Estado.⁴³⁸

O Ministro Peluso invocou lições de Harada para fundamentar a sua postura no sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade para eliminar, do ordenamento jurídico, abusos legislativos, que equipara a infrações à igualdade e devido processo legal, nos seguintes termos:

A norma não passa pelo teste da proporcionalidade jurídica. Por quê? Porque tem por finalidade evidente forçar o pagamento de crédito fiscal, mas não é nem necessária, nem adequada a tanto. Não é necessária, pela razão óbvia de que o erário dispõe de modos expeditos de cobranças das execuções fiscais e do próprio recurso da compensação, como tentarei demonstrar um pouco mais adiante, quando falar das dificuldades práticas da obtenção de certidões negativas.”

⁴³⁶ BRASIL Lei nº 11.033 de 21 de dezembro de 2004. Artigo 19 da lei 11.033/04. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nos 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. In: *Vade Mecum*. Op. Cit.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.453-7. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 30 nov. 2006. Brasil. DJ 16 mar. 2007 p. 20.

⁴³⁸ Fragmento do voto do Min. Ricardo Lewandowsky. *Ibidem*.

Quando da prolação do seu voto, o Ministro Grau, novamente externando a sua postura acerca da natureza da razoabilidade e da proporcionalidade, afirmou que o Poder Judiciário não pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma em decorrência da irrazoabilidade.

Vou acompanhar o voto da Ministra Cármen Lúcia. Apenas uma brevíssima referência – uma lástima que o Ministro Lewandowski tenha se retirado - com relação ao chamado “princípio” da razoabilidade. Entendo que a pauta da razoabilidade pode e deve ser utilizada no momento da norma de decisão, da tomada da decisão em relação a determinado caso, mas não no momento da interpretação do direito. Não podemos, a pretexto da razoabilidade ou da proporcionalidade, corrigir o legislador. O que podemos fazer é declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Se uma medida, na lei, inteiramente irrazoável, for constitucional, não cabe a este Tribunal corrigi-la. No exame concreto da constitucionalidade do preceito nós o aferimos somente pela Constituição. A pauta da razoabilidade não pode ser usada a pretexto de adaptarmos a lei aos nossos desejos ou anseios. Digo isso não para discordar, mas simplesmente para manter a minha posição. É possível que, daqui a cinquenta ou cinquenta e cinco anos, alguém leia esses votos. Quero deixar bem clara a minha posição, na qual tenho insistido desde que participei do primeiro julgamento nesta Corte.”⁴³⁹

Ainda na mesma oportunidade o Ministro Gilmar Mendes criticou a vertente política-filosófica do Ministro Grau em relação à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

E, no caso, Ministro Eros Grau, parece-me que temos de ressaltar que o legislador não pode legislar para fazer algo lítero-poético, recreativo. A reserva de lei há de ser uma reserva legal proporcional. A lei tem de ser necessária sob pena de se estar impondo uma restrição indevida. Aqui, há um princípio de subsidiariedade da lei. E é nesse sentido que tivemos um caso exemplar pela provocação, pelas sustentações, pelo voto magnífico proferido pela Ministra Cármen Lúcia e pelos que a seguiram.

Constestando o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Grau manifestou o seu já reiterado ponto de vista, através do qual a análise de razoabilidade das normas extravasaria a competência do Supremo Tribunal Federal, eis que estaria a Corte adentrando nas atribuições do Poder Legislativo, em infração à separação dos poderes.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: – Ministro Gilmar, não precisamos recorrer à razoabilidade. Estamos aqui para julgar a constitucionalidade dos textos normativos. Não podemos nos substituir ao Poder Legislativo, dizendo que, se fôssemos legisladores, faríamos dessa ou daquela maneira, que essa não é razoável.

⁴³⁹ Ibidem.

Dando seguimento ao julgamento, o Ministro Gilmar Mendes justificou o controle de constitucionalidade em referência com arrimo na desnecessidade da medida, bem como a existência de meio menos gravoso, dois dos pilares sobre os quais repousa o Princípio da Proporcionalidade:

O Ministro Peluso acabou de demonstrar, à sociedade, que haveria modos, formas de se chegar a um resultado semelhante, se era esse o resultado almejado e não outro, o retardo ou não pagamento; portanto, não há nenhuma lesão ao patrimônio público. Não obstante, sabemos o ônus que a exigência representaria.

Conclusivamente, o Ministro Grau reiterou o seu argumento de que a apreciação da razoabilidade e da proporcionalidade implica a substituição do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, bem como que o controle da constitucionalidade das leis não pressupõe a análise da sua razoabilidade ou à proporcionalidade.

Apenas uma observação Ministro Gilmar. Não podemos corrigir o legislador. O que devemos é apreciar a constitucionalidade das leis. Não nos cabe a substituição do legislador, a correção do que faz o legislador. Não podemos dar direito ao Poder legislativo de, amanhã ou depois, vir corrigir as nossas decisões.

Em síntese, pela análise dos julgados é possível afirmar que a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios largamente empregados pelo Supremo Tribunal Federal, independente de não terem sido positivados de forma explícita na Constituição da República. É possível verificar ainda que tais princípios são utilizados tanto como critério para aferir constitucionalidade da criação da norma pelo legislador, como para limitar a liberdade enunciativa do legislador ou qualquer outro emissor de enunciados.

No entanto, é possível constatar também que a razoabilidade e a proporcionalidade são utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal em uma extensa gama de casos, e não apenas naqueles em que diretamente encontram-se em colisão direitos fundamentais. Finalmente, constata-se ainda que o Supremo Tribunal Federal não estabelece distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, bem como aplica-as de forma extremamente ampla, o que tem sido objeto de discussão entre os próprios Ministros que o compõem.

3.4 A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após análise da evolução dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no mundo e, especialmente, na legislação, jurisprudência e doutrina brasileiras, ainda resta demonstrar que tratam-se de verdadeiros princípios, espécie de normas, conforme a teoria utilizada como paradigma.

Inicialmente, vale salientar que a eventual sutileza na positivação dos enunciados nos corpos legais não compromete a qualidade das normas que a partir deles são criadas, em razão da já mencionada distinção que há entre elas e eles. Assim, se há no ordenamento jurídico um determinado enunciado que o judiciário interpreta como uma norma válida e eficaz, e a ela atribui efeitos, tal exegese é acompanhada pela doutrina mundial e, o mandamento é constantemente densificado por outros legisladores, dentro do mesmo sistema, não há dúvida tratar-se de uma norma.

De fato, como já tratado anteriormente, princípios são espécies de normas e, portanto, determinam certa conduta a ser realizada. Caso isto não ocorra, são duas as implicações: no caso das normas de estrutura, ou normas para a produção de outras normas, não se produz o resultado almejado ou, em outras palavras, não se produz o que deveria ter sido produzido. É o caso, por exemplo, da norma interpretada a partir do artigo 69 da Constituição⁴⁴⁰, que determina o *quórum* da maioria absoluta do congresso para a aprovação de lei complementar. Se não houver o referido quorum, não poderá ser criada a dita lei complementar. Em outras palavras, poderá ser criada outra coisa, mas não uma lei complementar. No caso das normas de conduta, a realização fática da hipótese implica uma consequência, que muitas vezes é o estabelecimento de uma relação. Tanto os princípios como as regras podem ser classificados “normas de conduta” ou “normas de estrutura” de acordo com o seu conteúdo. Em relação à razoabilidade e à proporcionalidade, em decorrência da amplitude de sua significação, também podem ser classificados como de conduta ou de estrutura, de acordo com a forma de aplicação.

⁴⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 69: “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

Santos, ao tratar do princípio da proporcionalidade afirma não tratar-se de uma norma, mas sim de um argumento, uma pauta ou uma diretriz que orienta o trabalho do intérprete e do aplicador, mas que não possui conteúdo deôntico, ou seja, não determina uma conduta a ser realizada⁴⁴¹. Ressalta, contudo, que tais princípios interpretativos possuem a relevante função de auxiliar na compreensão das normas.

Ávila, por sua vez, não classifica a razoabilidade e a proporcionalidade como normas, mas sim como postulados normativos, metanormas ou normas de segundo grau, que “... funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.”⁴⁴² Entretanto, em que pese a criatividade da teoria defendida pelo professor, entende-se que a alocação da razoabilidade e da proporcionalidade no dentro da categoria dos princípios é adequada, uma vez que, o gênero é amplo, contemplando normas de diversas funções e estruturas⁴⁴³, inclusive aquelas que Ávila denomina por postulados normativos, cujo aprofundamento afasta-se do recorte atribuído à pesquisa.

Já Cristóvam, apesar de afirmar que a razoabilidade e a proporcionalidade são comumente chamados de princípios jurídicos, entende que tal classificação não é compatível com a teoria de Alexy, uma vez que não expressam deveres *prima facie*, com o fim de determinar a máxima realização de um determinado direito:

Resta, portanto, evidente a impropriedade terminológica consubstanciada na designação da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios, porquanto ambas não entram em disputa com outros princípios constitucionais, em uma relação de precedência condicionada às peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto.

[...]

Parece mais correto defini-las como máximas, verdadeiros cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação lógica e racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público.⁴⁴⁴

Oliveira trata a razoabilidade como “um dos instrumentos normativos de controle de legitimidade da atuação estatal”⁴⁴⁵ que, ao lado dos princípios da finalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia, da eficiência, da motivação, da

⁴⁴¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 25.

⁴⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. Op. Cit. p. 89.

⁴⁴³ Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. Op. Cit. p. 233.

⁴⁴⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: Op. Cit. p. 193.

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. Cit. p. 147.

vedação ao enriquecimento sem causa, dentre outros, exigem que a atuação estatal seja investigada além da sua mera conformidade formal. Ainda segundo o autor, tais princípios “visam dar efetividade aos postulados normativos e axiológicos do Estado material de direito, alicerçado na Constituição.”⁴⁴⁶ O professor distingue os princípios dos postulados normativos, perfilando a razoabilidade aos primeiros, bem como traçando as aplicações dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo.⁴⁴⁷

Exemplificativamente, a razoabilidade e a proporcionalidade são normas de estrutura quando impedem que o legislador, por meio da interpretação, crie enunciado irrazoável ou desproporcional. No entanto, são normas de conduta quando proíbem que o aplicador, ao interpretar um determinado enunciado, ou mesmo um fato, o faça de forma arbitrária. A razoabilidade e a proporcionalidade orientam tanto quem redige o enunciado como quem o aplica, servindo como verdadeiro critério de interpretação das normas e, portanto, critério de sua formação.

A classificação da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios explícitos ou implícitos no sistema jurídico possui, como mencionado, alto grau de subjetividade. Isto porque não obstante não haverem sido consignados na Constituição de forma expressa, para que pudessem ser chamados de princípios constitucionais expressos (como o devido processo legal, por exemplo), os elementos essenciais da razoabilidade e a proporcionalidade são elencados, ainda que de forma dispersa e sutil, em vários trechos do texto constitucional⁴⁴⁸. Ainda em relação ao tratamento conferido à razoabilidade e à proporcionalidade na

⁴⁴⁶ Ibidem p. 148.

⁴⁴⁷ Ibidem p. 150 – 163.

⁴⁴⁸ “Art. 5º. Sem prejuízo de outras [...] I - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. [...] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. [...] Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: [...] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit.

Constituição, vale salientar que os seus fundamentos essenciais também podem ser compreendidos a partir de alguns outros princípios expressos, como o devido processo legal, a isonomia e a moralidade, que integram o corpo da lei maior.

Tais enunciados demonstram que houve, por parte do constituinte, a preocupação de inserir, no texto da Constituição, enunciados que determinassem a obrigatoriedade de que, tanto na formulação de outros enunciados, como na aplicação de qualquer outro, fossem observados preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade, ainda que isso não tenha sido positivado de forma clara e explícita, a exemplo de outros países.

Não obstante haver sido mencionado de forma implícita na Constituição da República, o princípio da razoabilidade é tratado de forma expressa em algumas constituições estaduais. No entanto, Cretton⁴⁴⁹ lembra que, quando da aprovação do texto da constituição pela Comissão de Sistematização, o princípio da razoabilidade estava expressamente elencado como norteador da administração pública, tendo sido suprimido apenas quando da sua redação final.

Por tal razão, a partir do paradigma já traçado acerca das normas implícitas e explícitas, não é possível afirmar, com estrita precisão, se a razoabilidade e a proporcionalidade são explícitos (pois não possuem enunciados explícitos que a elas correspondem) ou implícitos (pois apesar de não corresponder a um enunciado explícito, a razoabilidade e a proporcionalidade encontram arrimo em enunciados constitucionais). Também como já mencionado, trata-se de uma questão de grau de explicitude ou de implicitude. Diante da necessidade de adotar uma posição acerca do questionamento, e frente à impossibilidade de se afirmar, com precisão matemática uma ou outra posição, entende-se que são princípios implícitos pois, apesar de encontrarem sustentação em enunciado constitucional, este não é suficientemente explícito. Neste momento cumpre esclarecer que a postura ora defendida não traz consequência prática, eis que, como também mencionado, a validade das normas, e, portanto, dos princípios, independe de sua explicitude.

⁴⁴⁹ CRETTON, Ricardo Aziz. Op. Cit. p. 88.

A razoabilidade e a proporcionalidade são compreendidos pela doutrina e pela jurisprudência como verdadeiros direitos fundamentais, que podem ser descritos como o direito da pessoa a não sofrer intervenções irrazoadas e desproporcionais por parte do Estado, na sua mais ampla acepção. Inicialmente, o direito subjetivo à razoabilidade e à proporcionalidade significa, portanto, proteção da pessoa contra qualquer manifestação estatal que se mostre desprovida de fundamento razoável, ou, ainda, que não se mostre condizente com os três critérios que correspondem à proporcionalidade, como será apreciado a seguir.

Tal direito diz respeito não somente quando da expedição dos enunciados que compõem as leis, pelas assembleias, mas também por qualquer outra autoridade que seja competente para expedir qualquer espécie de enunciado, como salienta Sarmiento, em obra especialmente dedicada à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁴⁵⁰

Guerra Filho denomina os princípios da razoabilidade e proporcionalidade por “... princípios dos princípios”⁴⁵¹, estruturas produtoras de efeitos jurídicos de “dupla dimensionalidade”⁴⁵² ou “duplo caráter”⁴⁵³ tratando-os como direitos e garantias, simultaneamente⁴⁵⁴ ou ainda por mandamento de ponderação ou sopesamento.⁴⁵⁵

A titularidade do direito subjetivo a tratamento razoável e proporcional, na lei e perante a lei também deve ser a mais abrangente possível, abarcando não apenas as pessoas físicas, mas também as jurídicas, de acordo com as distinções entre elas existentes, que justificam eventuais diferenças, pautadas na isonomia e na justiça. As pessoas jurídicas de direito público, bem como os entes federados também reclamam tratamento razoável e proporcional, entre si e entre elas e a União⁴⁵⁶, não sendo lícita a instituição de benefícios ou o estabelecimento de qualquer espécie de distinção entre eles. O mesmo ocorre com os entes despersonificados, como

⁴⁵⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Op. cit.

⁴⁵¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade e teoria do direito**, in GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) e GRAU, Eros Roberto. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 278.

⁴⁵² Ibidem p. 279.

⁴⁵³ Ibidem p. 279.

⁴⁵⁴ Ibidem. p. 278.

⁴⁵⁵ Ibidem p. 282.

⁴⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado 2007. Art. 151.

condomínios, espólios ou qualquer outra espécie de sujeito titular de direitos, assim como aqueles que embora não sejam titulares de direitos, deles são destinatários⁴⁵⁷. Em síntese, o enunciado é melhor descrito pela afirmativa negativa, pela qual é possível afirmar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser empregados em quaisquer condições.

Ao mesmo tempo que se afirma que a razoabilidade e a proporcionalidade são direitos objetivos e subjetivos, que podem ter o seu exercício pleiteado em juízo, também é possível asseverar tratarem-se de verdadeiras garantias, uma vez que podem ser empregados para assegurar o exercício de outros direitos fundamentais.

3.5 DISTINÇÃO ENTRE A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE

Definidos os conceitos de razoabilidade e de proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro que, a exemplo de outros países, são compreendidos pela doutrina e jurisprudência a partir de enunciados constitucionais, bem como densificados pelo legislador, cumpre estabelecer a distinção entre eles, bem como ressaltar as formas de expressão da proporcionalidade.

Inicialmente, cumpre destacar que a razoabilidade e a proporcionalidade são frequentemente confundidos, tanto pelo legislador, como pelo judiciário e até mesmo por parte da doutrina, que os trata como sinônimos. Tal equiparação, no Brasil, deve-se ao fato da razoabilidade e da proporcionalidade haverem merecido estudo pormenorizado apenas a partir da segunda metade do século XX, quando a razoabilidade há muito já era tratada, ainda que de forma implícita, pelos países que adotam o sistema da *common law*. Desta forma, o estudo de ambos os princípios se deu de forma praticamente simultânea, o que colaborou para que fossem confundidos.

Além do mais, na condição de princípios implícitos, que não tiveram correspondentes enunciados ostensivamente positivados pelo legislador, mas compreendidos pelo intérprete a partir da análise conjunta dos enunciados que compõem o sistema jurídico, a distinção entre os princípios deveria ter sido

⁴⁵⁷ Torres defende a ampla aplicação do princípio da razoabilidade no orçamento. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: Op. Cit. p. 141 e 312.

promovida pela doutrina e jurisprudência quando do início do seu estudo pormenorizado, nos anos setenta do século XX. A equiparação de princípios distintos, pela doutrina e jurisprudência, fez com que eles assim viessem sido tratados, até os presentes dias.

De fato, como já mencionado, a classificação de um objeto em diversas espécies, além de representar rigor científico, pode ser extremamente benéfica à sua compreensão. No entanto, muitas vezes a classificação não se justifica, mormente quando as distinções apresentadas nas espécies são irrelevantes, e elas passam a ser tratadas como sinônimos, e não mais como classes.

No caso da razoabilidade e da proporcionalidade, realmente há distinções ontológicas⁴⁵⁸ suficientes a ensejar a separá-las em classes distintas, bem como também há motivo para que ambas sejam devidamente segregadas de outras normas.

A razoabilidade, como mencionado, é princípio que existe de forma implícita desde a antiguidade, exigindo-se que o cumprimento das leis fosse realizado conforme a razão. O termo razão, por sua vez possui intrincada significação filosófica, mas a sua análise, ainda que superficial, pode levar à compreensão do princípio da razoabilidade. Inicialmente o vernáculo advém do latim *ratio*, do verbo *reor*, e do grego *logos*, do verbo *legein*, que possuem o significado de juntar, reunir, e calcular, todos relativos a uma atividade intelectual oposta a quatro outras atitudes mentais, sejam elas: o conhecimento ilusório, ou a mera aparência, as emoções, paixões e outros sentimentos desordenados, a crença religiosa dogmática aceita sem qualquer espécie de contestação, e o êxtase místico inconsciente. Abbagnano define a razão como a orientação onde seja possível a indagação ou investigação, ou "... a força que possibilita a libertação dos apetites que o homem tem em comum com os animais, submetendo-o a controle e mantendo-os na justa medida."⁴⁵⁹ A

⁴⁵⁸ Acerca das distinções entre a razoabilidade e a proporcionalidade, cf. BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006 p. 101.

⁴⁵⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 824.

razoabilidade, por sua vez, segundo o autor é o que está em conformidade com a razão, o que na linguagem comum representa a renúncia a atitudes absolutas.⁴⁶⁰

Buscando definir o conceito de razoabilidade, Barros amparou-se no Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, que assim dispõe:

do uso restrito, que designa a atividade de raciocínio ou dedução lógica de verdade necessária, o termo razão passou a designar mais genericamente o poder do intelecto de formular conceitos e estabelecer relações lógicas de modo a deduzir uma conclusão correta de uma premissa dada ou de fazer um julgamento objetivamente válido a respeito de fenômenos empíricos. Por extensão, passou a significar também uma explicação ou justificação válida e lógica de um acontecimento ou relacionamento; e por outra extensão ainda, qualquer causa ou motivo.⁴⁶¹

A razão, ou o conhecimento racional, opera segundo alguns princípios, sejam eles: a identidade, pelo qual algo que é alguma coisa deve ser tratado como tal, a não contradição, pelo qual algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo, o terceiro excluído, pelo qual algo pode ser apenas verdadeiro ou falso, e nada mais, bem como a causalidade, que determina relações e conexões entre as coisas. A razão não possui conteúdo determinado nem indica o que uma coisa é, mas tão-somente aponta como as coisas devem ser e como se deve pensar, razão pela qual os seus princípios possuem validade universal, ou seja, são válidos em qualquer lugar onde houver razão.

O controle dos atos legislativos por meio do emprego da razoabilidade foi desenvolvido na jurisprudência dos países que fundamentam o seu sistema jurídico na *common law*, onde é conferida especial relevância à aplicação da justiça e da equidade, conforme a concepção do magistrado.

Rocha⁴⁶², ao tratar da distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, afirma que ela pode ser observada sob dois aspectos, sejam eles a proporcionalidade entre os valores resguardados pelos princípios constitucionais e a proporção intrínseca de

⁴⁶⁰ Ibidem. p. 830.

⁴⁶¹ SILVA, Benedicto. (Coord.) **Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas**. 2ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p.1.025. apud BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit. p. 72.

⁴⁶² ROCHA. Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 52-54.

cada princípio constitucional, vedando o exagero na sua aplicação, restringida aos seus limites.

A razoabilidade, enquanto decorrente da razão, inicialmente impunha apenas que delitos graves fossem punidos com penas rigorosas, enquanto infrações brandas fossem, por exemplo, apenadas com sanções mais leves, seguindo uma razão.

Com a jurisprudência norte-americana, a razão deixou de ser apenas um critério para a aplicação da norma, passando a ser exigida do legislador quando da sua elaboração, obrigando-o a criar mandamentos vinculados a ela e, conseqüentemente, impedindo-o de estabelecer exigências absurdas, exageradas e excessivas, cuja conseqüência era a declaração de sua inconstitucionalidade.

A razoabilidade, portanto, denota adequação, lógica, equidade, aceitabilidade, moderação, regularidade, prudência, bom senso, todos imperativos que dela podem ser extraídos. Para efeitos da presente pesquisa, a razoabilidade é conceito que pode representar todas estas idéias.

Para Torres a definição do conceito de razoabilidade do direito norte-americano está “deixando de ser apenas um balanceamento de interesses, para ser um princípio jurídico de legitimação do próprio estado”⁴⁶³, que vem gerando reflexos no Brasil, Itália e Alemanha.

De fato, a razoabilidade atualmente foi inserida no sistema jurídico brasileiro e representa direito e garantia fundamental contra determinações que violem o senso de razão, o que deve ser analisado individualmente tanto por aqueles que possuem a competência de positivizar enunciados, quanto pelos que os interpretam, criando as normas jurídicas ou controlando a sua criação por outros.

Já a proporcionalidade conduz à significação de equilíbrio proporcional, ou seja, relação entre duas grandezas. No entanto, a proporcionalidade foi recebida pelo direito alemão em uma acepção mais ampla, desdobrando-se classicamente em três

⁴⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade**. Op. Cit. p. 427.

subprincípios, sejam eles (i) a adequação ou idoneidade, (ii) a necessidade ou exigibilidade e, finalmente, (iii) a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação ou idoneidade significa o exame do meio sob comento pelo prisma de sua utilidade, ou seja, sua aptidão para gerar o efeito colimado. Foi o caso, por exemplo, da referida lei que vedava o plantio de eucalipto para a produção de celulose, com o suposto fim de evitar os hipotéticos malefícios ecológicos da monocultura da espécie⁴⁶⁴. No julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a medida não era adequada, pois os mesmos efeitos da monocultura se dariam caso o eucalipto fosse utilizado para lenha ou, para a indústria moveleira, por exemplo.

Barros salienta que, para evitar a inconstitucional intromissão do judiciário no âmbito do legislativo, o exame da adequação ou idoneidade deve ser realizado sob o enfoque negativo, ou seja, pela verificação da inequívoca inadequação do meio ao fim almejado, levando-se em consideração a situação fática da época em que foi editada a norma.⁴⁶⁵

A necessidade ou exigibilidade, por sua vez, é o subprincípio que exige que a medida sob exame seja necessária ou, em outras palavras, que não seja possível atingir o mesmo fim com meio menos gravoso. Para que o judiciário possa justificar analiticamente a declaração da desnecessidade de um meio, deve indicar outro, igualmente adequado ao fim colimado, mas que atinja de forma mais branda outros direitos. Em síntese, para que um meio seja declarado desnecessário é preciso que exista outro, igualmente eficiente, porém menos lesivo. Tal lesividade, por sua vez, pode ser aferida sob o ponto de vista quantitativo (tempo da lesão ou número de pessoas lesadas), ou qualitativo (qualidade dos direitos lesados).

Por fim, a doutrina também desdobra a proporcionalidade no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que vem a ser o exame da proporção entre o meio utilizado e o fim almejado. Como é possível verificar, após concluir que o meio eleito é apto para atingir o fim, bem como que não há outro meio menos gravoso, ou

⁴⁶⁴ ESPÍRITO SANTO. Lei nº 6.780 de 3 de outubro de 2001. Proíbe, por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose no Estado do Espírito Santo. Op. Cit.

⁴⁶⁵ BARROS, Suzana de Toledo. Op. Cit. p. 80.

mais eficiente, cumpre ao intérprete constatar se entre eles há uma justa e equilibrada proporção.

Talvez seja este o mais difícil exercício de exegese, uma vez que, como a salvaguarda de um direito geralmente impõe o sacrifício de outro, torna-se necessário adotar uma mensuração ou ponderação dos bens em jogo, levando-se em consideração as suas peculiaridades, o seu significado para o seu titular bem como a possibilidade de reversão da medida, ainda que em sede indenizatória.⁴⁶⁶ É neste delicado momento que devem ser levados em consideração os bens sob ponderação, atividade desenvolvida por Sarmiento⁴⁶⁷ e Barcelos⁴⁶⁸, bem como o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A partir dos elementos básicos que compõem a razoabilidade no direito norte-americano, bem como dos desdobramentos da proporcionalidade, desenvolvida de forma empírica na jurisprudência de vários países é possível constatar que os princípios convergem todos para um mesmo fim, qual seja o de evitar que o direito, ainda que posto pelo próprio legislador, contrarie a constituição, por estabelecer direitos ou sanções de forma irrazoável ou desproporcional, no mais amplo significado que possa ser atribuído a tais significantes.

Constata-se, neste momento, que a razoabilidade do direito norte-americano em muito se assemelha à proibição do excesso do direito alemão que, de forma análoga, também significa a vedação à atuação legislativa infringente a direitos fundamentais além dos limites constitucionais. A proibição do excesso do direito alemão, por sua vez, guarda relação com a proporcionalidade, que significa equilíbrio, harmonia, semelhança, identidade, compensação, harmonia entre duas grandezas e igualdade de dimensões, também chamada de proporcionalidade em sentido estrito.

⁴⁶⁶ Ibidem. p. 88.

⁴⁶⁷ cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. in TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-49. e SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Op. Cit.

⁴⁶⁸ BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Op. Cit. p. 91 e seguintes.

Assim, muito embora seja possível concluir que os princípios sob comento possuem características que justifiquem a sua distinção entre si, para fins da presente pesquisa nada impede que sejam tratados conjuntamente, diante das semelhanças existentes entre eles.

3.6 A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE A PARTIR DOS ENUNCIADOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Enquanto princípios, a razoabilidade e a proporcionalidade são normas jurídicas, portanto, enunciações surgidas no intelecto do intérprete a partir da leitura dos enunciados jurídicos por meio da atividade de interpretação. Espécies do gênero normas, os princípios decorrem dos enunciados jurídicos que compõem o ordenamento jurídico, capitaneado pela Constituição, e seus fundamentais preceitos.

O direito não é apenas um conjunto de enunciados ou de normas, porém muito além, um sistema jurídico capitaneado pela Constituição em uma relação de pertinência hierarquizada, onde ela própria atribui a certos órgãos a competência para criar novas normas, porém deles exige não somente o dever de obedecê-las, mas também a todo o ordenamento, como leciona Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico: "... o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo"⁴⁶⁹

No caso do sistema jurídico brasileiro, muito embora a Constituição não tenha tratado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma explícita, há enunciados constitucionais extremamente objetivos que conduzem a interpretação do aplicador no sentido da sua existência enquanto normas jurídicas de larga extensão e aplicação.

Não há como contestar a necessidade de se reprimir qualquer interpretação dos enunciados jurídicos que vá de encontro aos princípios constitucionais, uma vez que, se são inconstitucionais os enunciados que contrariam a Constituição, padecem do mesmo vício as normas que determinam mandamentos com ela incompatíveis.

⁴⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Op. Cit. p. 21-22.

Isto porque, como já mencionado, a inconstitucionalidade não ocorre apenas no plano dos enunciados (textos escritos), mas principalmente no plano das significações (normas interpretadas a partir dos enunciados escritos), o que permite evitar não apenas a edição de enunciados inconstitucionais, mas também que um enunciado formalmente constitucional possa ser interpretado de forma materialmente inconstitucional.

Como menciona Barros, os países com tradição jurídica romano-germânica são extremamente vinculados ao direito posto de forma objetiva e explícita pelo legislador, sendo refratários a idéias argumentativas típicas da *common law*, onde os intérpretes fazem uso de conceitos abstratos de equidade e isonomia, construindo as normas a partir de enunciados vagos⁴⁷⁰ e das máximas de experiência dos aplicadores.

As normas de direitos fundamentais podem ser divididas em duas espécies, sendo a primeira delas aquelas diretamente estatuídas pela Constituição, ou seja, que foram objeto de expressa disposição no texto constitucional. De outro lado, sem qualquer distinção hierárquica estão as normas adstritas, ou seja, aquelas que apesar de não terem sido expressamente positivadas pelo legislador, integram o rol dos direitos fundamentais em decorrência da interpretação de uma outra norma de direito fundamental.

Indagação relevante acerca do tema remonta à questão quanto ao princípio da proporcionalidade ser uma garantia fundamental, oponível a outras garantias, como a isonomia. De fato, tanto a proporcionalidade como a isonomia são necessárias ao aperfeiçoamento do sistema de autoproteção da Constituição e dos direitos fundamentais que foi arquitetado pelos seus criadores e, em última análise, além de impedir a alteração essencial da carta, visa a irreduzibilidade dos direitos e garantias fundamentais nela assegurados.

⁴⁷⁰ A vagüidade dos enunciados vigentes no direito anglo saxão pode ser bem exemplificada pelo termo *law of the land* constante na Magna Carta de 1215, e largamente utilizado para a derivação de diversas normas, das mais variadas espécies, até a atualidade.

Cabe, neste momento, localizar os enunciados constitucionais cuja interpretação fundamenta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, capitaneada pela Constituição de 1988.

Inicialmente, vale ressaltar que a Constituição da República declara que os direitos e garantias fundamentais nela constantes não se resumem àqueles que integram a sua redação, podendo o rol ser acrescido por “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.”⁴⁷¹

De fato, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram positivados em enunciados expressos na Constituição, ao contrário do que ocorre em alguns diplomas infraconstitucionais vigentes do Brasil ou nas constituições de outros países, mormente aqueles que tiveram suas declarações de direitos redigidas a partir da segunda metade do século XX. No entanto, entende-se que omissão das palavras “Princípio da razoabilidade” ou “Princípio da Proporcionalidade” na Constituição Brasileira não acarreta qualquer problema exegético pois, como já mencionado, as normas jurídicas, enquanto significações surgidas da interpretação, dispensam a explicitude de enunciados.

Pela cláusula de abertura é possível verificar que o Constituinte adotou de forma expressa a teoria criativa da interpretação dos enunciados constitucionais, por meio da qual é possível aceitar o surgimento de direitos que, embora não expressos, decorram do regime ou dos comezinhos princípios constitucionais, o que a mantém constantemente aberta à mutação dos direitos fundamentais. Tal compreensão, como mencionado, foi empregada pelo Min. Themístocles Cavalcanti em julgamento proferido em 1968⁴⁷², sob a égide da Constituição de 1967.

Atualmente a cláusula de abertura se encontra positivada de forma incontestada no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, preconizando que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

⁴⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 5º.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade do art. 48, do dl 314, de 1967 (Lei de segurança). [...]. *Habeas Corpus* nº 45.232 Op. Cit.

princípios por ela adotados....”⁴⁷³ A abrangência de tal cláusula é extremamente ampla e permite que novéis direitos ou garantias possuam eficácia ainda que não tenham sido positivadas. Para tanto, basta o seu reconhecimento pela jurisprudência e doutrina, na condição de decorrência do regime e dos princípios constitucionais, possibilitando a criação de um sistema onde virtualmente não há lacunas, como leciona Torres:

A existência dos princípios implícitos faz com que as Constituições dos Estados democráticos contenham um sistema aberto de princípios constitucionais. Cláusulas gerais e conceitos de grande indeterminação como os que se referem à igualdade, ao *due process of law* e ao Estado Social de Direito permitem a construção de todo o sistema de princípios, sem que haja necessidade do recurso aos valores abstratos ou ao direito natural, que seriam de difícil positivação sem a intermediação dos princípios.⁴⁷⁴

Dentre os princípios constitucionais a partir dos quais podem ser interpretados a razoabilidade e a proporcionalidade merece destaque o Estado de Direito⁴⁷⁵, que envolve uma pluralidade de sentidos, dentre as quais merece destaque a de que é um sistema gerido pela legitimação do direito, formando um “... Estado que se guia por princípios da razão.”⁴⁷⁶ A partir de tal raciocínio é possível afirmar que condutas e preceitos irrazoáveis e desproporcionais não podem encontrar validade no estado democrático de direito:

Com efeito, o Estado Social e Democrático de Direito não pode ser concebido à margem dos princípios da razoabilidade e da moralidade, pois ambos são seus elementos caracterizadores. Assumem primordial importância quando da análise de um Estado em concreto e da efetivação do disposto em seu perfil constitucional, já que, sem o atendimento destes princípios não se realiza, efetivamente, a concepção teórica informadora deste tipo de Estado.⁴⁷⁷

Lembra Barros que o estado de direito é classicamente empregado como meio técnico para a defesa dos direitos fundamentais, eis que fundamenta-se em uma constituição formal, na separação entre os poderes, escolha de representantes

⁴⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit. Art. 5º, § 2º.

⁴⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Op. Cit. p. 133-134.

⁴⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. Cit. Art. 1º.

⁴⁷⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 40.

⁴⁷⁷ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.) **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 621.

políticos eleitos pelo povo com mandato de duração determinada, bem como proteção do poder judiciário contra abusos do próprio Estado, dentre outros.⁴⁷⁸ De forma semelhante afirma Guerra Filho que “Embora não escrito [o princípio da proporcionalidade] é essência inafastável” do estado democrático de direito.⁴⁷⁹

Zancaner afirma ainda que um sistema irrazoável significa afronta aos vetores constitucionais e, por sua vez macula a legalidade do ato⁴⁸⁰, equiparando a irrazoabilidade à ilegalidade.⁴⁸¹ Tal afirmativa pode ser inferida a partir do seguinte silogismo: “Se” a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios constitucionais, e “se” normas que conflitem com os princípios constitucionais são inconstitucionais, “então” normas que violem a proporcionalidade ou a razoabilidade são inconstitucionais.

O princípio da legalidade⁴⁸², quando analisado em sua acepção mais ampla, determina que todas as normas do ordenamento jurídico devem ser criadas em observância a uma outra norma, hierarquicamente superior, que lhe confere âmbito de validade, bem como estabelece a unidade do sistema. Admitindo-se que esta norma é a Constituição, nenhuma outra pode contrariá-la, independente de quem quer que enuncie o seu texto o interprete. Tal ótica em nada fere a separação entre os poderes ou mesmo o primado do legislador sobre o julgador, uma vez que enquanto aquele detém o direito de legislar, possui o dever de fazê-lo em conformidade com a Constituição. Para Zagrebelsky o estado de direito pressupõe a legalidade que, por sua vez, deve ser geral, abstrata e razoável:

*El estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso 'no regulado' do poder. La generalidad de la ley comporta una 'normatividad media', esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo.*⁴⁸³

⁴⁷⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Op. Cit. p. 97.

⁴⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade e teoria do direito,** in GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) e GRAU, Eros Roberto. Op. Cit. p. 270.

⁴⁸⁰ ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade.** Op. Cit. p. 623-624.

⁴⁸¹ Ibidem p. 625.

⁴⁸² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, II. In: **Vade Mecum.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1757p.

⁴⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** 3.ed. Madri: Editorial Trotta, 1999. p. 29. “O estado de direito é inimigo dos excessos, ou seja, do uso não regulado do poder. A generalidade da lei comporta uma normatividade média, isto é, feita para todos, o que

A Proporcionalidade pode ainda ser entendida como decorrência do conceito da isonomia, calcado na igualdade proporcional, corolário da justiça distributiva, porque, como bem leciona Mello, “A lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.”⁴⁸⁴ A isonomia também pode ser considerada como um dos enunciados por meio do qual o intérprete chega ao princípio da razoabilidade, uma vez que é vedado tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei a concessão de privilégios odiosos, sendo-lhe lícito apenas estabelecer distinções com base em *discrimens* necessários, como lecionam Melo⁴⁸⁵ e Guerra Filho⁴⁸⁶.

Braga destaca que “Os princípios da igualdade e a proporcionalidade apresentam-se intrinsecamente associados”⁴⁸⁷, lembrando lição de Guerra Filho para quem a igualdade estaria encrustado na proporcionalidade, formando máximas como “igualdade proporcional” e “justiça distributiva”, que compõem um conjunto de garantias imprescindíveis aos direitos fundamentais.⁴⁸⁸

A proporcionalidade também pode ser interpretada a partir do princípio democrático, uma vez que ele estabelece a necessidade da prevalência da vontade da maioria da população, devidamente representada, levando-se em consideração os direitos das minorias, mas sempre respeitando a Constituição, especialmente no que diz respeito aos mezinhos princípios que ela encerra.

Tal relação é aparentemente paradoxal, uma vez que se trata do Poder Judiciário (onde os integrantes não são eleitos pelo povo nem possuem mandato por tempo determinado) anulando atos praticados pelo Poder Legislativo (composto por mandatários escolhidos por meio de voto universal e direto por tempo certo). No entanto, não é possível esquecer que, ao invalidar ato do legislativo em composição efêmera, o judiciário está a proteger a Constituição da República, redigida com

naturalmente contém uma garantia contra um uso indevido do próprio poder legislativo.” “Tradução nossa.”

⁴⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Op. Cit. p. 10.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade e teoria do direito**, Op. Cit. p. 278.

⁴⁸⁷ BRAGA, Valeschka e Silva Braga. Op. Cit. p. 128.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

rígidos mecanismos de controle para ser um documento perene onde se encerram os maiores valores de uma nação.

Stumm também admite que a proporcionalidade e a razoabilidade podem derivar da concretização do Estado de Direito, dos direitos fundamentais, bem como do devido processo legal.⁴⁸⁹ De fato, o devido processo legal, positivado no inciso LIV do artigo 5 da Constituição, que dispõe quanto à proibição de que alguém seja privado da liberdade os dos seus bens sem a realização de uma prévia e justa acareação, talvez seja um dos mais importantes princípios que remetem à razoabilidade na constituição brasileira.

Bonício, ao tratar do tema parafraseia Luigi Comoglio afirmando que no processo civil os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade decorrem do direito a um processo legal onde não apenas se permite que as partes argumentem, mas também a elas seja assegurada a justiça e equidade no tratamento perante a lei e na lei, nas suas palavras: “o direito a um processo 'justo e équo' [...] impede que o Estado imponha aos direitos fundamentais mencionados qualquer restrição desprovida de proporcionalidade ou razoabilidade.”⁴⁹⁰

A importância de tal princípio inspirou o constituinte a editar outros enunciados com o objetivo de alargar o seu âmbito de aplicação, ainda que alguns apenas no direito penal, bem como densificá-lo normativamente. Em sua obra acerca do tema Cretton⁴⁹¹ destaca diversos outros princípios que lhes são coaxiais, como o contraditório e ampla defesa⁴⁹², o juiz natural⁴⁹³, o direito do réu a, em certos casos, ser julgado pelo tribunal do júri⁴⁹⁴, a irretroatividade da lei penal menos benéfica⁴⁹⁵, a

⁴⁸⁹STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 97.

⁴⁹⁰BONICIO, Marcelo José Magalhães. Op. Cit. p. 9 e seguintes

⁴⁹¹Cretton, Ricardo Aziz. Op. Cit. p. 86 e seguintes.

⁴⁹²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit. art. 5º, inciso LV.

⁴⁹³Art. 5º, incisos XXXVII e LIII. Ibidem.

⁴⁹⁴Art. 5º, inciso XXXVIII. Ibidem.

⁴⁹⁵Art. 5º, incisos XXXIX e XL. Ibidem.

personificação e individualização da pena⁴⁹⁶, a vedação à pena de morte e prisão perpétua⁴⁹⁷, a razoabilidade na execução penal⁴⁹⁸, para citar alguns exemplos.

Tais enunciados, devidamente interpretados, remetem o exegeta à imperiosidade de se estabelecer um sistema de obediência a critérios de causa e consequência na aplicação da lei penal que, posteriormente, passaram a ser utilizados também no processo civil e, enfim, empregados como princípios relativos a praticamente toda relação entre litigantes, sejam eles particulares, ou particulares e o Estado, em qualquer espécie de confronto de interesses.

Portanto, também é possível admitir que razoabilidade decorre, da obediência ao princípio do devido processo legal que, nascido para tutelar a liberdade e a vida, passou a resguardar também a legalidade, mas não apenas a obediência do aplicador à lei mas, muito além, a obediência do legislador à Constituição. Isto porque, como oportunamente lembra Siqueira Castro, ao legislar, indefectivelmente estabelecem-se classificações entre pessoas e bens, objetivando atribuir a cada um desses conjuntos efeitos jurídicos específicos. Ressalta que quando exerce a atividade criativa o legislador deve ater-se ao já mencionado princípio da isonomia, pelo qual não podem ser classificados conjuntamente aqueles que não possuem características suficientes para tanto, da mesma forma que não podem ser afastados aqueles que possuem semelhantes traços, sob pena de conferir tratamento diferenciado aos que não possuem diferenças para serem assim tratados. A partir das suas afirmativas é possível compreender que o autor condiciona o devido processo legal ao devido processo legal isonômico:

A norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim – means-and-relationship, segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de “razoabilidade” e de “racionalidade”, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política. Tudo porque, em suma, as regras de direito vão ter

⁴⁹⁶ Art. 5º, incisos XLV e XLVI. Ibidem.

⁴⁹⁷ Art. 5º, incisos XLVII e X. Ibidem.

⁴⁹⁸ Art. 5º, incisos XLVIII, XLIX e L. Ibidem.

necessariamente utilidade pública na esteira da exigência pioneira que se continha no art. 5 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 (*“la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles a la société”*), princípio esse em boa hora transportado para o art. 179, II da nossa Constituição Imperial de 1824 que, no aspecto cogitado, iluminou para sempre o constitucionalismo brasileiro ao determinar: “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.”⁴⁹⁹

Siqueira Castro lembra ainda que foi nos Estados Unidos da América do Norte que o devido processo legal, inicialmente aplicável apenas ao direito penal, passou a ser empregado no direito público, a partir do famoso caso *Marbury v. Madison*⁵⁰⁰, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte foi chamada a apreciar o caso em que James Madison, Secretário de Estado do recém empossado presidente Thomas Jefferson recusou-se a ratificar a nomeação de um juiz de paz indicado pelo ex-presidente John Adams. O impasse foi decidido pelo Justice John Marshall, que entendeu que a negativa da posse violava a Constituição.

Com amparo em Siqueira Castro, Creton ressalta que foi também nos Estados Unidos da América do Norte que o Justice Douglas, diante do caso *Williamson v. Lee Optical Co*⁵⁰¹, em 1955, cotejou a relação entre os meios e fins (*means and relationship*) da norma sob seu crivo, concluindo pela sua satisfatória racionalidade e, portanto, sua constitucionalidade, em um clássico exame de razoabilidade.

3.7 IDÉIAS CONTRÁRIAS AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

José Emílio Medauar Ommati não considera juridicamente correta a aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil, uma vez que, como já exposto, entende que os princípios, apesar de serem considerados conceitos deontológicos, aproximam-se sobremaneira dos valores, que por sua vez são conceitos axiológicos, chegando a, eventualmente, confundirem-se entre si.

⁴⁹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit. p. 157.

⁵⁰⁰ Tal jurisprudência não foi inserida no capítulo referente à evolução histórica da razoabilidade e da proporcionalidade pois, muito embora ela seja classificada pela doutrina norte-americana como um marco no controle jurisdicional dos atos administrativos, não trata especificamente da razoabilidade e da proporcionalidade, mas sim da competência do judiciário para rever os atos legislativos. USA. Supreme Court of the United States. Appeal 5 U.S. 137 (1803). William Marbury e James Madison. Relator: John Marshall. disponível em <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>> acesso em 12 ago.07.

⁵⁰¹ USA. Supreme Court of the United States. Appeal 348 U.S. 483 (1955). Williamson e Lee Optical of Oklahoma. Op. Cit.

Para o autor, a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Poder Judiciário confundiria as atividades legislativa e jurisdicional, violando a separação dos poderes, entendimento que encontra arrimo na doutrina de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, para quem a proporcionalidade “transforma o direito e a Constituição em uma ordem concreta de valores.”⁵⁰², levando o Judiciário a “... assumir erroneamente o papel de poder constituinte permanente ou, ao menos, de um legislativo concorrente de segundo grau ...”⁵⁰³.

Grau demonstra concordar parcialmente com a teoria da criação da norma por meio da interpretação dos enunciados, embora também limite a atuação de tal exegese ao intérprete autêntico, a quem compete criar direito quando define normas de decisão.⁵⁰⁴ Tais entendimentos contudo, não estão isento de críticas, uma vez que como leciona Härberle⁵⁰⁵, a atividade exegética deve ser realizada de forma ampla e irrestrita, cada qual em sua competência.

Ampara tal posicionamento Habermas, para quem à luz das normas, é possível afirmar qual conduta é proibida, obrigatória ou permitida, mas, segundo os valores, tem-se tão-somente qual é uma conduta melhor ou mais recomendável, o que não se coaduna com o sentido jurídico da Constituição, ainda que esteja se tratando de direitos fundamentais. Segundo o autor germânico, quem pretende esgotar a Constituição em uma ordem concreta de valores desconhece seu específico sentido jurídico, pois como normas jurídicas, os direitos fundamentais, como as normas morais, estão formados conforme o modelo de normas obrigatórias de ação, e não conforme o modelo de bens desejáveis.⁵⁰⁶

Ommati funda-se também em Müller para afirmar que a ponderação de bens e a proporcionalidade não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, eis

⁵⁰² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas corpus n. 82.424.-2 RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (coord.). **Constituição e crise política** apud OMMATI, José Emílio Medauar. Op. Cit. p. 109.

⁵⁰³ Ibidem p. 126.

⁵⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. Direito posto e direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2002 p. 208.

⁵⁰⁵ Cf. HÄRBERLE, Peter. Op. Cit.

⁵⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 329 apud OMMATI, José Emílio Medauar. Op. Cit. p. 117.

que as decisões decorrentes de tal procedimento não são controláveis em termos de objetividade, bem como que “insinuam um fundo de reserva de juízo (urteilsvorbehalt) em todas as normas constitucionais”⁵⁰⁷, com emprego valorações vagas e sujeitas a insinuações ideológicas:

“A totalidade de um sistema de valores formado por direitos fundamentais ou pela constituição como um todo não pode mais ser racionalizada com a ajuda do princípio do ‘balanceamento’ dos bens e interesses. Esse princípio não encontra na Lei fundamental nenhum ponto de apoio normativo que vá além dos tipos formais que garantem os direitos fundamentais, nem da gradação existente entre as reservas de lei. Esse princípio não apresenta nenhum critério material que satisfaça às exigências de clareza das normas, segurança jurídica e de estabilidade dos métodos imposto pelo Estado de Direito.”⁵⁰⁸

De fato, é de se constatar que como qualquer princípio, a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser utilizadas de forma parcimoniosa, eis que o exagero pode implicar a indevida intromissão do Judiciário no Legislativo, criando-se uma verdadeira ditadura do Julgador, que é tão inadmissível quanto a existência de normas desproporcionais e irrazoáveis, que representam a ditadura do Legislativo. Neste sentido afirma Bonício que “a ausência de proporcionalidade deve ser nítida o suficiente para ensejar correção, porque, de alguma forma, a justiça não foi realizada em determinada situação e, com isso, algum ônus excessivo foi gerado.”

509

A doutrina do *state action* (ou ato estatal) norte-americana estabelece que os direitos e garantias constitucionais apenas podem ser oponíveis a entes estatais ou governamentais, quaisquer que sejam, mas não a particulares, uma vez que em relações privadas é possível que as pessoas sejam irrazoáveis e desproporcionais.⁵¹⁰ A citada corrente não afasta absolutamente o exame da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Judiciário, mas tão somente aceita a intervenção quando o ato sob foco for praticado por autoridades públicas.

⁵⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Op. Cit. p. 35-36.

⁵⁰⁸ idem. Discours de la méthode juridique. Paris: PUF, 1996. p. 96 apud. OMMATI, José Emílio Medauar. Op. Cit. p. p. 117.

⁵⁰⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Op. Cit. p 9.

⁵¹⁰ Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. Cit. p. 121 e seguintes.

Grau concorda com Ávila⁵¹¹ quanto à classificação da razoabilidade e da proporcionalidade, como princípios, afirmando serem postulados normativos aplicativos “... é que o chamado princípio da proporcionalidade constitucional não é um princípio, mas um postulado normativo aplicativo.”⁵¹² que, segundo ele, está sendo utilizado de forma banalizada, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que lhe conferiria a faculdade de corrigir o legislador, invadindo-lhe a competência.⁵¹³

Tal orientação não é a mais acertada, merecendo reparo no sentido de que a razoabilidade e a proporcionalidade podem ser plenamente classificados, dentre as normas, na espécie dos princípios, eis que preenchem os requisitos para a inserção nesta categoria, como já mencionado.

⁵¹¹ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Op. Cit.

⁵¹² GRAU, Eros Roberto. Op. Cit. p. 219.

⁵¹³ Ibidem. p. 220.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo do presente capítulo é demonstrar as formas com que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade operam no sistema jurídico brasileiro como critérios de interpretação de todas as demais normas. Para tanto, será colocada em evidência a já mencionada teoria segundo qual tal operação ocorre quando da criação das normas pelo intérprete por meio da atividade intelectual da exegese, realizada por qualquer dos intérpretes do direito, cada qual dentro de sua competência.

Como comprovado no início da pesquisa, a gênese de todos os enunciados é a atividade de enunciação, por meio da qual o emissor, intrasubjetivamente, decide expedi-lo, sendo tal regra válida para todos aqueles atos que não possam ser entendidos como involuntários. A afirmativa pode ser corretamente utilizada para todos os enunciados jurídicos, independente da espécie e da hierarquia.

No entanto, a enunciação é efêmera e não ultrapassa os limites da pessoa que a elucumbra, razão pela qual necessita ser veiculada, ainda que por meio também efêmero, mas suficiente para que seja compreendida por um intérprete que conheça o código empregado e assim o compreenda. Para que a enunciação seja conhecida por terceiros, ela precisa ser enunciada em um suporte físico, que por sua vez será exatamente o único objeto com o qual o intérprete trará contato.

Com a enunciação do enunciado tem início a atividade exegética, que é realizada por todos, sejam os seus destinatários precípuos, ou ainda que, eventualmente, com ele se deparem, o mesmo órgão que expediu o enunciado, ou o judiciário, a quem cumpre a derradeira interpretação:

De fato, a interpretação que tem início a partir do contato do exegeta com o enunciado independe da enunciação, uma vez que, enquanto atividade efêmera, ela

perdeu-se no tempo. Por esta razão, os enunciados devem ser interpretados conforme foram veiculados, e não conforme deveriam ter sido enunciados e, por qualquer razão não foram. Obscuras razões que podem ter levado o emissor a expedir ou não determinado enunciado, ou fazê-lo desta ou daquela forma podem ser levadas em consideração no caso da enunciação haver sido de qualquer maneira vertida em linguagem, ou enunciada, naquilo que se convencionou denominar por enunciação enunciada, e que já foi objeto de atenção em capítulo próprio da presente pesquisa.

Cumprido, portanto perquirir de que formas os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade atuam no sistema jurídico, servindo como norte para a interpretação das demais normas.

4.2 A EXEGESE DOS ENUNCIADOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As normas são construídas a partir da interpretação dos enunciados em atividade que, embora não seja realizada com precisão matemática, é pautada por critérios relativamente seguros e estáveis, como os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, capitaneado pela Constituição.

Torres esclarece que o direito romano foi marcado por diversas normas que reservavam para o imperador a tarefa de interpretar o direito, que deveria ser chamado em caso de eventuais dúvidas, entendimento que também prevaleceu na França de Luiz XIV, bem como nas legislações vigentes nos séculos XVIII e XIX em toda a Europa, especialmente na Prússia e Rússia e península ibérica.⁵¹⁴

Posteriormente, como se percebendo a impossibilidade de se determinar o monopólio da interpretação por parte do Estado, as legislações e, inclusive as constituições, passaram a conter normas ou critérios rígidos de como proceder a

⁵¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Op. Cit. p. 3.

interpretação de outras normas, o que também foi rechaçado por não condizer com a cientificidade que deve nortear a aplicação do direito.⁵¹⁵

Para a interpretação, ainda segundo Torres, o exegeta não pode apegar-se a métodos traçados pelo legislador, mas sim pelos valores e princípios que capitaneiam o direito em determinado momento histórico, dentre os quais merece destaque a razoabilidade,⁵¹⁶ cuja implicitude em nada atrapalha a sua força exegética⁵¹⁷ Nesta atividade, o juiz desempenha papel importante, seja ele o de dar a definitiva palavra quanto à interpretação das normas, construindo o direito a partir dos enunciados traçados pelo legislador.⁵¹⁸

Isto porque os princípios, enquanto normas, assim como as regras possuem a função de determinar uma certa conduta a ser realizada. No entanto, eles possuem também funções ou eficácias especiais, exposta por Barcelos, que as classifica em: simétrica ou positiva, nulidade, ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa de retrocesso, penalidade e interpretativa, dentre outras⁵¹⁹. Lembra também que, na exegese, os princípios possuem a eficácia interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso, cuja análise minuciosa extrapola os limites epistemológicos da pesquisa. Para o presente caso importa especialmente a função interpretativa dos princípios, ou seja, as formas e os limites da atuação da razoabilidade e da proporcionalidade na interpretação e, portanto, na criação de outras normas.

De fato, como afirma Palu⁵²⁰, a preeminência normativa da Constituição é intrínseca, condicionada por fatores culturais e históricos, de cuja interseção surgem as suas possibilidades e os seus limites. O autor condensa a idéia da dissociação entre o texto escrito e a norma interpretada quando afirma que o fim do controle de constitucionalidade é a apreciação destas, e não daquele.⁵²¹

⁵¹⁵ VANONI, Ezio. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 19___, p. 181.

⁵¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Op. Cit. p. 56-58.

⁵¹⁷ *ibidem* p. 287-288.

⁵¹⁸ *Ibidem* p. 71.

⁵¹⁹ BARCELOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Op. Cit. p. 59-74.

⁵²⁰ PALU, Oswaldo Luiz. Op. Cit. p. 59.

⁵²¹ *Ibidem* p. 261

Em relação à eficácia interpretativa, Barcelos afirma que se trata da obediência à hierarquia existente entre as normas dentro de um ordenamento, seja entre enunciados de diferentes hierarquias, ou mesmo no bojo da própria Constituição. Neste caso, leciona que apesar dos princípios não possuírem superioridade hierárquica em relação às outras normas constantes na Constituição, reconhece que eles possuem “ascendência axiológica sobre o restante do texto.”⁵²² possibilitando que operem como critérios de interpretação.

Tal prevalência é também tratada por Silva quando discorre sobre as normas programáticas e sua eficácia interpretativa, segundo ele verdadeiros vetores da aplicação da lei, com “função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos não de respeitar os princípios nele consagrados.”⁵²³ O assunto também não deixou de merecer a devida atenção de Barroso, que assevera serem os princípios constitucionais o marco inicial da interpretação: “A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra geral que vai reger a espécie.”⁵²⁴

Cristóvam entende a ação dos princípios no sistema jurídico como verdadeiras “balizas informadoras e conformadoras do sistema constitucional – verdadeiras pautas vinculantes à atuação do Estado e dos particulares, de onde irradia a força normativa e a efetiva cimentação de uma teoria material da constituição.”⁵²⁵ Como citado em título próprio, muito embora os princípios tradicionalmente tenham sido empregados com o fim de interpretar as demais normas do ordenamento, apenas recentemente foi reconhecida a possibilidade de que tal atividade fosse exercida no início do processo exegético, e não apenas quando o enunciado se mostrasse obscuro.

⁵²² BARCELOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Op. Cit. p. 74.

⁵²³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Op. Cit. p. 158.

⁵²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141.

⁵²⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Op. Cit. p. 65.

Isto porque, a partir da premissa de que o direito é formado a partir de enunciados que, por sua vez, são constituídos pela linguagem, demandam constante interpretação, não sendo possível afirmar a existência de normas claras ou normas obscuras. Todas as normas derivam da compreensão, pelo intérprete do enunciado (e, portanto, em certo grau são implícitas e explícitas simultaneamente) e como os enunciados decorrem dos símbolos linguísticos, a sua interpretação é imprescindível.

E a interpretação dos enunciados, por sua vez, pode resultar em diversas normas distintas e, muitas vezes incompatíveis entre si. A função dos princípios é exatamente harmonizar, nortear, orientar e direcionar a interpretação, tornando o sistema harmônico e coerente com a Constituição, apto a desempenhar o seu que por ela foi preconizado.

O enunciado deve ser interpretado conforme ele foi inserido no sistema, independente de terem ou não sido precedidos de enunciação. Em relação aos mencionados enunciados não precedidos de enunciação, pode ser utilizado como exemplo a hipótese de um agente de trânsito que, embora não tivesse a intenção de interromper o trânsito, por qualquer motivo levantasse o braço, o que é um dos signos correspondentes à paralisação do tráfego em uma via. Também pode ser utilizado como exemplo a pessoa que, em um leilão, de igual forma também ergue involuntariamente o seu braço, o que, naquele caso, é signo correspondente a um lance. Finalmente, nada impede que, durante uma licitação na modalidade de pregão eletrônico, um dos concorrentes esbarre no teclado de seu computador e realize uma oferta inexequível, cuja consequência é a paralisação do procedimento. Todos os atos exemplificados possuem consequência jurídica e foram realizados sem a intenção ou, em outras palavras, não foram precedidos da atividade de enunciação.

No entanto, apesar de desprovidos de enunciação, suas consequências para o mundo jurídico são absolutamente válidas e, portanto, caso o condutor, vendo o gesto do agente, freie subitamente o seu veículo em ato que venha a provocar um acidente de trânsito (por um abalroamento na sua traseira, por exemplo) terá a sua paralisação justificada por um ato de agente de trânsito. No segundo exemplo, ainda

que o participante do leilão não tenha levantado o braço com a intenção de efetuar um lance, este será interpretado como tal com todas as conseqüências jurídicas da sua efetuação. Finalmente, o participante do pregão eletrônico suportará todas as conseqüências jurídicas previstas para a hipótese da imputação de oferta pública inexecutável caso venha a efetuar-la, ainda que sem querer.

Tais exemplos servem para enobrecer a afirmativa de que a interpretação é realizada a partir do enunciado, e não da enunciação, muito embora, caso esta também seja enunciada, possa ser levada em consideração para a atividade exegetica.

A constatação também se presta para demonstrar que o expeditor não emite qualquer norma jurídica, mas tão-somente enunciados que, analisados em conjunto com outros, são interpretados em uma estrutura proposicional que, por sua vez, podem gerar no intelecto dos intérpretes das normas jurídicas. Finalmente, também é possível constatar que a partir de um mesmo signo (levantar o braço, por exemplo) seja possível interpretar diversas normas distintas, inclusive no mesmo local e tempo.

Com demasiada freqüência ocorre de um enunciado não estabelecer uma estrutura proposicional completa, geralmente porque tal enunciado não possui todos os elementos necessários à composição da referida estrutura, como é o caso da proibição de uma determinada conduta, sem que a ela seja atrelada uma conseqüência para a sua realização. É o caso do já referido enunciado declaratório, que apesar de nada prescrever, descreve algo que será empregado em uma estrutura completa.

Restou comprovado que as normas não se confundem com as proposições, nem com os enunciados, mas sim a interpretação, ou significação que o exegeta cria a partir da leitura dos referidos enunciados, bem como da compreensão das proposições que integram o ordenamento jurídico.

É possível assim constatar que a criação das normas é condicionada à atuação ativa do intérprete que, partindo da leitura dos textos que compõem o ordenamento

jurídico, ou ainda das diversas outras formas de expressão de enunciados, raciocina e constrói uma norma dotada de sentido deôntico, onde são lançadas notas de uma determinada conduta hipotética, cuja realização concreta no mundo fenomênico é suficiente para a instauração da conseqüência que também é abstratamente prevista no ordenamento.

No entanto, quando da realização da atividade intelectual necessária à transformação de enunciados em estruturas proposicionais dotadas de sentido, bem como na compreensão de tais conjuntos em um arquétipo normativo, foi devidamente constatado que o intérprete utiliza, dentre outros fundamentos, os princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

O emprego dos princípios quando da interpretação, além de ser indispensável à criação das normas, é extremamente desejável, uma vez que isso permite que o aplicador passe de um mero autômato aplicador da lei em um participante ativo da constante atualização do ordenamento jurídico, mantendo-o vivo e atual, não obstante baseado em enunciados antigos⁵²⁶. Por meio de tal técnica, o sistema jurídico mantém-se relativamente rígido, eis que alicerçado em enunciados estáticos, porém também relativamente flexível, diante das diversas interpretações possíveis que podem ser realizadas a partir de cada um deles, estas sim, limitadamente variáveis no tempo e no espaço.

A possibilidade de se manter a jovialidade do sistema jurídico interpretado, ainda que fundado sobre um corpo de linguagem antigo, é de certa forma limitada pelo próprio legislador, que redige os enunciados de forma que alguns deles podem ter um âmbito maior ou menor de interpretação. Em outras palavras, o emissor, ao elencar os signos que utiliza para a formação dos enunciados, escolhe alguns de maior ou menor vagueza ou elasticidade, de forma a permitir que alguns deles sejam interpretados de forma mais ou menos flexível, controlando e limitando a atividade do intérprete.

⁵²⁶ “O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. Op. Cit. p. 44.

Tendo sido constatado que a atividade exegética é controlada pelo limite de interpretação do texto, bem como balizada pelos princípios e demais critérios exegéticos que orientam tal atividade, foi necessário aferir se, dentre eles encontravam-se arrolados a razoabilidade e a proporcionalidade. Inicialmente, verificou-se que, tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade não foram expressamente contemplados de forma explícita no texto constitucional brasileiro. No entanto, pela atenciosa leitura dos enunciados nele presentes foi verificado que, no seu bojo há diversos enunciados que preconizam que todas as normas jurídicas devem ser todas interpretadas conforme tais preceitos, o que indubitavelmente vincula o exegeta.

Como mencionado, há uma relativa dissociação entre a norma e o enunciado sobre o qual o intérprete se baseou para criá-la e de pouco ou nada adiantaria a Constituição mencionar expressa e explicitamente a razoabilidade e a proporcionalidade se a elas fosse negada eficácia pelo intérprete. No entanto, a realidade do ordenamento jurídico nacional é absolutamente diversa e, muito embora o Constituinte não tenha tratado a razoabilidade e a proporcionalidade com a explicitude que por elas é incontestavelmente merecida, são correntemente aplicadas com extremo vigor.

Com o fim de aferir os limites conferidos à atuação da razoabilidade e da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, foi realizada pesquisa jurisprudencial onde foram estudados os cerca de oitenta casos em que o plenário do Supremo Tribunal Federal empregou, como critério de julgamento a razoabilidade e a proporcionalidade. Com a análise foi possível constatar que muito embora não tenham sido expressa e explicitamente elencadas no texto da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, sumo intérprete do ordenamento jurídico, já pacificou o entendimento de que tratam-se de garantias individuais norteadoras da exegese de todas e quaisquer normas⁵²⁷, inclusive de direito privado⁵²⁸.

Atualmente, mais do que nunca, cabe aos princípios o encargo de tornar concretos e efetivos os mandamentos constitucionais, quando da sua criação por meio da

⁵²⁷ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Op. Cit. p. 74.

⁵²⁸ Neste sentido, cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Op. Cit..

exegese, formando um sistema jurídico onde as normas encontram-se amalgamadas entre si pelos princípios constitucionais, em especial aqueles que versam sobre direitos fundamentais.

4.3 A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIOS DE EXEGESE E DE CONTROLE DA ATIVIDADE EXEGÉTICA

Partindo da premissa de que os princípios constitucionais são responsáveis pela orientação da exegese dos enunciados jurídicos, na atividade que culminará na criação das normas pelo intérprete, merece atenção as precisas formas com que a razoabilidade e a proporcionalidade participam de tal atividade.

Na qualidade de princípios constitucionais, ainda que implícitos, a razoabilidade e a proporcionalidade possuem dupla função⁵²⁹ no sistema jurídico. Em relação ao legislador ou qualquer outro emissor de enunciados, os citados princípios servem como orientação e limites, estabelecendo verdadeiro limite à atividade estatal e privada, impedindo a criação de enunciados irrazoáveis e desproporcionais. Muito embora as conseqüências de infração à tais princípios pelo emissor dos enunciados possam ser objeto de análise pelo poder judiciário, bem como pela própria administração pública, a obediência ou não do legislador a tais normas afasta-se do recorte epistemológico do estudo, razão pela qual não será apreciado.

Para os intérpretes dos enunciados, sejam eles o executivo, legislativo ou o judiciário, a razoabilidade e a proporcionalidade servem como critérios de interpretação dos enunciados que apreendem a partir do contato do exegeta com o suporte físico, para a criação das normas, atividade esta que estará ainda sujeita ao controle do judiciário⁵³⁰.

Como tratado alhures, a compreensão dos enunciados tem início com o contato dos símbolos e o intérprete. A partir de então, este, impregnado com seus valores, princípios, ideologias e senso comum⁵³¹, dá início à atividade exegética, atribuindo

⁵²⁹ GUERRA FILHO. **O princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. Op. Cit. p. 279.

⁵³⁰ No caso das normas criadas pelo judiciário, também serão por ele controladas, em suas instâncias superiores.

⁵³¹ “como já se viu até aqui, não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional. A racionalidade total, como bem percebeu Hesse, não é atingível no

sentido ao enunciado e formando as normas, em exercício realizado por todos, muito embora na tripartição das funções estatais, a interpretação adotada pelo judiciário prevalece sobre todas as demais, inclusive sobre a do próprio legislador.

Diante da confirmação da função exegética da razoabilidade e da proporcionalidade no controle da criação das normas jurídicas, resta pesquisar a forma com que isso é realizado, pois independente de sob qual classificação sejam inseridas⁵³², é assente que servem para condicionar e direcionar a aplicação de outras normas jurídicas no ordenamento jurídico, retirando a eficácia de alguns momentos, enquanto em outros, atribui sentido que aparentemente extrapola o seu limite semântico.

A razoabilidade e a proporcionalidade são mandamentos que atuam exatamente no instante lógico em que o aplicador cria a norma jurídica a partir dos enunciados, delimitando o sentido e o alcance deles, e elegendo quais, dos diversos significados semanticamente possíveis, podem ser atribuídos às palavras que compõem o texto jurídico.

Assim, de forma muitas vezes inconsciente, ao analisar qual sentido atribui a cada um dos diversos enunciados que compõem o ordenamento jurídico, o intérprete avalia se a norma jurídica que surgirá com a exegese será condizente com as diversas facetas dos preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade que, permeados de forma difusa no texto constitucional, e com validade reiteradamente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Tal atividade permite, inclusive, a já mencionada declaração de inconstitucionalidade de apenas uma determinada interpretação de um enunciado, por meio da qual este é mantido, mas ela é declarada contrária à Constituição.

A exegese do significado do enunciado em um determinado momento e local serve para ponderar, inclusive, a ocorrência ou não de um determinado fato. Tomando-se, por exemplo, o caso do enunciado constitucional que declara a casa como asilo inviolável do indivíduo, cabe ao intérprete pesquisar qual é o razoável e proporcional

direito constitucional." BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. Op. Cit. p. 106.

⁵³² Conforme já demonstrado, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficos quanto à inclusão da razoabilidade e da proporcionalidade dentro do conceito de princípios, e embora tal divergência seja relevante para a ciência do direito, não altera a forma com que são aplicadas.

significado da palavra casa. A questão, que parece simples aos mais incautos, poderia ser respondida como apenas a construção de alvenaria ou madeira que serve como moradia. No entanto, tal exegese não é razoável, uma vez que o preceito de isonomia veda que situações distintas sejam tratadas de forma semelhante e, no caso, enquanto moradia, eis que não há qualquer diferença entre uma casa entendida pela ótica tradicional e uma barraca de camping, um trailer, ou mesmo uma estrutura de papelão sob a qual habita uma pessoa. Neste caso, o conceito de casa usualmente encontrado nos dicionários é dilatado para abranger objetos que, fisicamente não se subsumiriam ao conceito tradicional, embora funcionalmente fosse semelhante. Idêntica observação é realizada sobre os livros e dicionários eletrônicos que, muito embora extravasem o conceito tradicional de livros, eis que dispensam papel, mas que são imunes à tributação por cumprirem função idêntica aos livros compostos de folhas de celulose. Ainda sobre o caso dos livros, também merece destaque o fato de que mesmo o calhamaço de celulose encadernado e denominado como livro, se não prestar-se para o fim razoável dos livros, também não faz jus à referida imunidade.

Quando o Supremo Tribunal Federal determinou o trancamento de ação penal proposta contra o agente público que realizou contratação de pessoal sem concurso público, em nenhum momento discutiu a ocorrência do fato em referência. No entanto, admitiu de forma intuitiva que a norma que proíbe a contratação de pessoal sem concurso deve ser interpretada conforme a sua finalidade maior, seja ela a de vedar o dispêndio de dinheiro público com pessoa que não prestou concurso, o que macula a impessoalidade que norteia a administração pública, bem como a livre concorrência entre todos aqueles que almejavam tal cargo. No entanto, em decorrência da insignificância da lesão imposta ao erário, correspondente ao baixo cargo de um gari, durante pouco tempo, bem como na necessidade do serviço, entendeu que a norma não se aplicava a tal caso. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar os enunciados que compõem a proposição que veda a contratação de servidor sem concurso, criou uma ressalva na norma, onde se pode compreender a exclusão “desde que relevante”. A irrelevância da contratação deve ser ainda contrastada com a gravidade da sanção imposta aos infratores, o que evidenciou a desproporcionalidade existente entre o ato infrator e a sua consequência.

No citado caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei que exigia a pesagem dos botijões de gás junto ao consumidor, a razoabilidade e a proporcionalidade também foram utilizadas na interpretação dos enunciados, porém mais precisamente na interpretação da estrutura proposicional resultante da atividade exegética. Naquela situação, o intérprete verificou que qualquer interpretação dos enunciados em foco culminaria violação de direitos de uma categoria profissional, inclusive com a eventual inviabilidade de toda uma atividade econômica em prol da proteção de um direito que poderia ser resguardado de outra forma igualmente eficiente, porém muito menos custosa.

O mesmo ocorreu quando do julgamento do citado processo onde se discutiu a exclusão do regime tributário, de uma determinada empresa, em decorrência de haver importado quatro pés de sofá. A proporcionalidade, no caso, foi utilizada para interpretar a hipótese da norma, à qual a referida importação não foi subsumida.

Isto porque embora não seja redigida de forma expressa e explícita, há um já mencionado mandamento constitucional, válido e eficaz, que preconiza a necessidade de que todas as normas constantes no sistema devem guardar, além de conteúdo de isonomia, uma relação de razoabilidade e de proporcionalidade, sem a qual sua validade é colocada em cheque. A aplicação de tais princípios ocorre no momento da criação da norma, ou seja, quando o enunciado é compreendido pelo intérprete.

Desta forma, até admitem-se enunciados afrontosos aos já mencionados preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade, no entanto, tais enunciados jamais poderão ser utilizados pelo intérprete para a criação de normas jurídicas que violem os referidos princípios. Tais enunciados, ainda que permaneçam no ordenamento jurídico, não podem ser utilizados pelo intérprete para construir qualquer norma, razão pela qual são comumente denominadas letras mortas, eis que, repita-se, se tratam de enunciados que existem formalmente, mas não podem ser utilizados para qualquer fim.

É o que acontece no lapso temporal compreendido entre a declaração de inconstitucionalidade de um determinado enunciado pelo controle difuso e a sua

retirada do ordenamento jurídico pelo Senado Federal. O enunciado permanece redigido no sistema, porém impossibilitado de ser utilizado para a formação de qualquer norma jurídica. Historicamente, caso a existência de tal enunciado seja questionada no ordenamento, é correto afirmar que ele existe, porém teve sua validade sustada por decisão judicial que, contudo, não possui o condão de retirá-lo do ordenamento.

Caso semelhante ocorre com o controle difuso de constitucionalidade, quando o judiciário declara, entre as partes envolvidas na lide, a invalidade de um determinado enunciado jurídico que, embora também permaneça no ordenamento, desta vez mantém a sua validade, que é sustada tão-somente na relação levada aos autos, entre as partes da demanda.

Comparando-se com fatos corriqueiros, a existência de um determinado enunciado no ordenamento jurídico, ao qual se veda a utilização para a interpretação de certas normas assemelha-se à autorização legal de que os cidadãos possuam facas, embora exista a vedação de que a utilizem para ferir ou matar outras pessoas.

Desta forma, repita-se, é dever do aplicador da norma interpretá-la de forma razoável e proporcional, excluindo exegeses que não se alinhem com tais preceitos. No entanto, quando isso não for possível, e não houver, por todas as análises possíveis do enunciado, qualquer uma que possa ser realizada de forma a atender tais preceitos, não que a norma deva ser criada de forma inconstitucional, mas sequer deverá ser criada, razão pela qual não poderá gerar direitos e deveres.

Muitas vezes, dentre os diversos enunciados que integram a proposição jurídica interpretada como uma norma, apenas um deles é inconstitucional, razão mais do que suficiente seja mantida a validade de todos os demais. No caso do exame de cursos, quando foi submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal a razoabilidade e a proporcionalidade da submissão dos alunos formandos ao teste, foi levado em consideração que não havia, no ordenamento jurídico, qualquer vedação à aplicação de provas a alunos de curso superior, até porque é razoável que se espere que tais pessoas, à beira do mercado de trabalho, estejam acostumadas e aptas a submeterem-se a provas, mormente quando tal exigência não lhes traz qualquer

prejuízo superior à 'perda' de algumas horas. Diante da necessidade de se levar em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade quando da interpretação dos enunciados e a conseqüente formação das normas jurídicas, o judiciário aferiu que não havia qualquer irrazoabilidade ou desproporcionalidade na exigência.

Conclusivamente, pela análise dos casos em que o poder judiciário de diversos países aplica a razoabilidade e a proporcionalidade como critério para a aferição da constitucionalidade das normas jurídicas, é possível afirmar que tais preceitos são utilizados em momento lógico posterior à criação da norma jurídica, mas sim em instante imediatamente anterior. Na verdade, o judiciário, por seus diversos órgãos, veda que uma norma seja criada, por qualquer intérprete, de forma irrazoável e desproporcional, independente dos enunciados que utilizou como base para tanto.

Utilizando como exemplo o já mencionado enunciado que veda a prática de ato obsceno, por meio do nudismo ou algo que a ele se assemelhe, como a irrazoável e desproporcional exibição de certas partes do corpo humano, temos que o enunciado é existente e válido há muitos anos. No entanto, a interpretação do enunciado é extremamente fluida no tempo e no espaço, como se pode imaginar no hipotético teletransporte de uma madrinha de bateria de escola de samba, no momento de sua atuação, para uma assembléia, no mesmo tempo. O exercício de criatividade pode ser concluído com o hipotético transporte da mesma pessoa, para o mesmo local, cinqüenta anos atrás. Não há como contestar que o enunciado, embora estático, gera significações variáveis de acordo com o espaço e o tempo no qual é interpretado, quando não no mesmo local e tempo, por intérpretes diversos, de acordo com sua ideologia e valores.

Como mencionado, as normas são significações que surgem na mente do intérprete a partir da leitura de enunciados integrantes do sistema jurídico no qual foram inseridas por veículos introdutores. Não obstante fosse desejável, sob o ponto de vista exegético, que estivessem unidos em um mesmo texto todos os enunciados que tratam de um mesmo assunto, tal hipótese é utópica.

De fato, para se interpretar uma determinada norma é necessário fazer remissão a enunciados espalhados no tempo e no espaço, das mais diversas hierarquias,

situados, muitas vezes, em inusitados remansos do sistema, sempre com o objetivo de tornar-lhe homogêneo e harmônico. Tal diversidade, apesar de tornar mais árdua a missão do intérprete, em nada compromete o esforço exegético, muito menos avilta a qualidade da interpretação, vez que tais enunciados limitam-se a fornecer o substrato material sobre o qual laborará aquele que, a partir deles, estabelecerá a norma.

A interpretação adquire especial importância diante do fato de que é absolutamente impossível que o legislador, ainda que extremamente preparado sob o ponto de vista técnico, o que muitas não ocorre, elabore um enunciado absolutamente cristalizado, que não permite qualquer interpretação.

Quando se menciona a possibilidade do judiciário alterar a interpretação que usualmente se atribui a um determinado enunciado, pode-se pensar que se trata de uma falha no processo legislativo, ou mesmo criticar a sua atividade com um todo. No entanto, é impossível admitir que o legislador possa, abstratamente, imaginar todos os fatos que poderão ocorrer diante das hipóteses por ele estabelecidas⁵³³, razão mais que suficiente para autorizar que os demais poderes (geralmente primeiro o poder executivo) mediante atividade exegética, gize os liames da norma, criando interpretação que invariavelmente será submetida ao crivo do poder judiciário, ainda que em tese.

⁵³³ Cf. FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. Op. Cit. p. 101.

CONCLUSÕES

Conclusivamente, com o término da pesquisa foi possível constatar que não obstante a sua nobre função de promover a paz social e importantes valores como a justiça e a segurança jurídica, o direito é um objeto cultural, criado pelo ser humano e em constante evolução. O direito é expresso por meio dos enunciados, que surgem a partir da atividade da enunciação realizada por quem possui capacidade ou competência para expedi-lo, tornando-se concreto pela interpretação dos referidos enunciados. Na condição de objeto cultural erguido sobre a linguagem, as limitações desta o influenciam de forma radical, merecendo destaque a ambigüidade e a vagüidade, ambas caracterizadas pela existência de mais de um significado para um determinado significante, o que torna imprecisa a hermenêutica.

A exegese de um enunciado tem início com o contato do intérprete com os signos que compõem a linguagem a partir da qual aquele foi construído. Os signos podem ser de diversas espécies, todas plenamente aplicáveis ao direito, mas para que um signo possa representar um objeto é necessário que seja realizada a exegese o que, por sua vez, pressupõe o conhecimento do código, tanto pelo receptor, quanto pelo emissor. Para que exista a comunicação também é necessário que o signo seja veiculado por meio de um suporte físico que possa ser acessível ao receptor. Os signos devem ser inseridos no sistema jurídico por um veículo introdutor previamente autorizado pelo próprio sistema. Os veículos introdutores possuem a aptidão de permitir a inserção de um determinado símbolo em um sistema.

Os signos podem ser agrupados a fim de que formem conjuntos dotados de sentido, como as palavras, que por sua vez podem ser unidos em outros conjuntos, cada vez maiores e mais complexos, como as orações. Tais conjuntos terão as mesmas características de vagüidade e ambigüidade dos signos que os compõem. Conhecendo a sintaxe e a semântica, ao travar contato com o enunciado, o intérprete é capaz de estabelecer os seus possíveis significados, e o leque de significados possíveis que podem ser atribuídos aos enunciados torna-se mais preciso à medida que o receptor conhece o sistema onde ele está inserido. A partir do conhecimento dos enunciados, o intérprete é capaz de compreender as

proposições, que vem a ser o conjunto de palavras dotado de sentido, descritivo ou prescritivo.

Vários enunciados podem levar a uma mesma proposição, bem como de uma única proposição podem ser interpretados vários enunciados, em interpretação que dependerá ainda da pragmática, ou seja, do contexto fático em que o emissor e o intérprete estiverem inseridos. As normas são significações compreendidas a partir do contato do intérprete com os enunciados, a partir da conexão lógica das proposições, que podem se encontrar em diferentes locais do sistema, inseridas pelos mais variados veículos introdutórios, das mais diversas espécies, em qualquer momento.

As normas podem ser classificadas em diversas espécies doutrinariamente estabelecidas, de acordo com suas características. A classificação das normas em espécies será necessária para a compreensão da razoabilidade e da proporcionalidade em conjunto com outros mandamentos de mesma espécie.

As normas podem ser classificadas como (i) de estrutura e (ii) de conduta. As normas de estrutura disciplinam a criação de outras normas enquanto as de conduta estabelecem um certo comportamento a ser adotado. A razoabilidade e a proporcionalidade são normas com alto grau de generalidade, e podem ser consideradas tanto como de estrutura (quando determina que outras normas não podem ser criadas em desrespeito ao seu preceito material) como de conduta (quando determina que a exegese das demais normas do ordenamento deva ser realizada também conforme os seus preceitos).

Todas as normas poderiam ser consideradas explícitas, eis que decorrem obrigatoriamente de um enunciado, ainda que tal enunciado seja de grande vagüidade. Elas também poderiam ser consideradas implícitas, uma vez que não decorrem diretamente dos enunciados, carecendo de interpretação, que obrigatoriamente geram resultado distinto do objeto interpretado. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apesar de implícitos no texto da Constituição Federal, são explícitos em outros textos legais. A implicitude das referidas normas no texto constitucional não compromete a sua eficácia.

A partir da classificação das normas em regras e princípios foi possível afirmar que tratam-se de princípios, uma vez que apesar de determinar uma conduta a ser realizada, o faz de forma finalística, e com a função de dar completude ao sistema. A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios antigos, já vigentes nas mais remotas normas e ordenamentos jurídicos conhecidos onde, embora não possuíssem os efeitos atualmente conhecidos, possuíam algumas das suas características, representando a vedação ao tratamento irrazoável e desproporcional.

Com o iluminismo, e a conseqüente consagração da teoria da separação dos poderes, ao legislativo foi incumbida a função de estabelecer as leis, contrapondo-se ao executivo. No entanto, não é possível admitir tal competência irrestrita, eis que por diversas vezes foi constatado que o legislativo, apesar de representar o povo, poderia também violar a Constituição.

Surgiu assim, o estudo do controle do judiciário sobre os atos do legislativo, principalmente quando as leis por ele editadas fossem conflitantes com a Constituição incompatível com qualquer de seus princípios, implícitos ou explícitos, dentre eles a razoabilidade e a proporcionalidade. O controle mútuo entre os poderes ficou mais nítido no século XX, quando importantes cortes de justiça proferiram importantes julgados onde o poder legislativo teve seu produto controlado pelo judiciário, por violar a razoabilidade e a proporcionalidade.

A razoabilidade e a proporcionalidade, embora distintos em sua essência, podem ser tratados conjuntamente no sistema jurídico brasileiro, uma vez que tanto a doutrina quanto a jurisprudência há muito costumeiramente o fazem, servindo ambos como limitação à atividade exegética irrazoável ou desproporcional. A inexistência de enunciado constitucional que estabeleça os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não constitui entrave à sua aplicação, uma vez que o sistema jurídico capitaneado pela Constituição de 1988 possui diversos princípios a partir do qual elas podem ser claramente interpretadas.

Foi possível responder a pergunta central, ou seja, de que tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade possuem uma dúplici função no ordenamento jurídico,

sejam elas a de (i) impedir que aqueles que possuem competência para gerar enunciados o façam de forma irrazoável e desproporcional, e de (ii) impedir que a partir de qualquer enunciado integrante do sistema jurídico seja interpretada norma irrazoável e desproporcional, impelindo ao exegeta que busque, a partir de qualquer enunciado, uma interpretação razoável e proporcional, com o escopo de gerar normas razoáveis e proporcionais, que busquem proteger os direitos fundamentais. Esta segunda função desdobra-se em outra, atribuindo aos intérpretes, seja ele legislativo, executivo ou judiciário⁵³⁴ a função de retirar do sistema jurídico qualquer interpretação que viole os já mencionados princípios. Tal competência é especialmente conferida ao Supremo Tribunal Federal, a quem cabe declarar a razoabilidade ou irrazoabilidade de um enunciado ou sua interpretação.

⁵³⁴ quando a competência deles permitir.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídico y razón practica. In: **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3 reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: Pensamento formal e argumentação**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin. 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo – RDA n. 215, fls. 151-179, Rio de Janeiro: Renovar, Janeiro-março/1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone. 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL, (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> acesso em 7. ago. 2007.

_____. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado 2007.

_____. **Código tributário nacional**, Lei nº 5172 de 25 outubro de 1966. Dispões sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

_____. **Decreto Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

_____. **Decreto nº 4.707** de 17 de setembro de 1942. Dispõe sobre a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil.

_____. **Decreto-Lei nº 4657/42** de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

_____. **Lei 8.846** de 21 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 11.033** de 21 de dezembro de 2004. Artigo 19 da lei 11.033/04. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nos 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências.

_____. **Lei nº 5.127** de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.

_____. **Lei nº 9.536** de 11 de dezembro de 1997. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

_____. **Lei nº 10.520** de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal, Locações. Legislação de Emergência. [...] Recurso Extraordinário n. 47.588. Annita Lowndes Monteiro de Casto e demais

condôminos do edifício à rua México, nº 90 e União Federal. Relator: Luiz Gallotti. 27 jul. 1961.

_____. Supremo Tribunal Federal. [...] Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. Recurso Extraordinário nº197.917-8. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. 6 mar. 2002. DJ 7 mai. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1. A exigência de atualização, pelo valor de mercado, dos bens declarados para fins de imposto de renda não viola os princípios da tipicidade, da reserva legal e da igualdade jurídica. 2. A razoabilidade não pode ser usada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir lei. 3. A finalidade da Lei n. 8.383/91 é ajustar o recolhimento do imposto sobre o lucro imobiliário. 4. Recurso a que se nega provimento. Recurso Extraordinário nº 209.843-4. Evilásio Lustosa Goulart e outros e União. Relator Min. Marco Aurélio. 10 nov. 2004. DJ. p. 1120.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei Complementar nº 75/93, não representa ofensa ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende. 2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente. Supremo Tribunal Federal. Julgar improcedente a ação. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.040-9. Procurador-Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Néri da Silveira. 11 nov. 2004. Brasil. DJ. p. 5.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. I – Normais centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo por que, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT 383-SP (RTJ 147/404). II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5. Partido Social Liberal – PSC e Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Carlos Velloso. 15 ago. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Eleições Municipais de 1996 – Coligações Partidárias apenas para eleições proporcionais - vedação estabelecida pela lei n. 9100/95 (art. 6) – Alegação de ofensa ao princípio da autonomia partidária (CF, art. 17, §1º) e de violação aos postulados do pluripartidarismo e do regime democrático – Ausência de plausibilidade jurídica - Medida cautelar indeferida. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1407-2. Partido Comunista do Brasil – PC do B e Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. DJ. 7 mar. 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. [...] se defere, em parte, o pedido de liminar, para suspender a eficácia, “*ex nunc*” e até julgamento final do artigo 33 e seus parágrafos da Medida Provisória nº 1863-53, de 24 de setembro de 1999. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1922-9. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação Nacional da Indústria e Presidente da República. Relator: Moreira Alves. 6 out. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - A questão do abuso presidencial na edição de medidas provisórias [...] pedido de medida cautelar conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 2213-0. Partido dos Trabalhadores e Presidente da República. Relator: Celso de Mello. 4 abr. 2002. p.333.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Distrital que dispõe sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos das terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior [...] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2667/DF. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. 19 jun. 2002. DJ. 12 mar. 2004. p. 36.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ilmar Galvão. 24 out. 2002. Dj. 14.02.2003 p. 58.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação rescisória: argüição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MPr 1.703/98 a MPr 1798-3/99) [...]. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1910/DF. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. 22 abr. 2004. DJ. p. 19.

_____. Supremo Tribunal Federal. Conceder a medida acauteladora para suspender, com eficácia “*ex tunc*”, a execução e a aplicabilidade da Lei nº 2.921, de 22 fev. 2002, editada pelo Distrito Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.667-4. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. 19 jun. 2002. Brasil. DJ 12 mar. 2004. p. 36.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento da medida acauteladora para suspender a eficácia da Lei nº 6.780, de 03 out. 20 01, do Estado do Espírito Santo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.623-2. Confederação Nacional da Indústria, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil e Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Maurício Corrêa. 6 jun. 2002. Brasil. DJ 14 nov. 2003. p.11.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos da lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2. Confederação Nacional do Comércio e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Sepúlveda Pertence. 1 jul. 1993. Brasil. DJ. 5 jun. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do *habeas corpus*, para trancar a ação penal por falta de justa causa. *Habeas Corpus* nº 77.003-4. Valéria Cardoso Teles de Carvalho e Délio Lins e Silva e Superior Tribunal Federal. Relator: Marco Aurélio. 16 jun. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido da medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, no caput do art. 1º da lei nº 9.783, de 28 jan. 1999, a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou da pensão”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. 30 set. 1999. Brasil. DJ 12 abr. 2002 p.51.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do § 2º do art. 9º da Lei n. 1.879, de 05.01.89, do Estado do Amazonas. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8. Procurador-Geral da República e Governo do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Celso de Mello. 19 dez. 1994. BRASIL. DJ. 26 mai. 1995. p.15154.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 33, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º, da medida provisória nº 1.863-53, de 24 set. 1999, e, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marcos Aurélio, em indeferimento da suspensão cautelar do § 2º do art. 33 do Decreto Federal nº 70.235, 6 mar. 1972, com a redação dada pelo art. 32 da mencionada MP nº 1.863-53/1999. Ações Diretas de inconstitucionalidade nº 19.922-9 e 1.976-7. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação Nacional da Indústria – CNI e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. 6 out. 1999. DJ 24 nov. 2000 p.55.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 188 do Código de Processo Civil, na redação dada pelo art. 5º da Medida Provisória nº 1.703-18, de 27 out. 1998, em sua reedição no art. 1º da Medida Provisória nº 1.798-3, de 08 abr. 1999, e, por maioria, também deferir a medida cautelar de suspensão da eficácia do inciso 5º da MP nº 1.703/1998. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.910-1. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence. 22 abr. 1999. Brasil. DJ 27 fev. 2004 p 19.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferir o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da Ação Direta, os efeitos do art. 4º e seu parágrafo único de medida provisória. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar

nº 1753. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence. 16 abr 1998. Brasil. DJ 12 jun 1998. p. 51.

_____. Supremo Tribunal Federal. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324. Procurador-Geral da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. 16 dez. 2004. DJ p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. I – Avaliação Periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei 9131/95, art. 3º e parágrafos. Arguição de Inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao substantive due process inscrito no art. 5º, LIV, da C.F., à autonomia universitária – CF, art. 207 – e que teria sido ela argumentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, da C.F. II – Irrelevância da arguição de inconstitucionalidade. III – Cautelar indeferida. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1511-7. Presidente da República e Congresso Nacional e Partido Comunista do Brasil e outros. Relator: Carlos Velloso. 16 out. 1996. DJ. 6 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. I – O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU – a metragem da área construída do imóvel – que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomada em linha de conta na definição da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base imponible da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base imponible do tributo. Tem-se, com isto, também forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º. II – R.E. não conhecido. Recurso Extraordinário nº 232393. Leine Aparecida Moretti Penedo e Município de São Carlos. Relator: Carlos Velloso. 12 ago. 1999. DJ 5 abr. 2002. p. 55.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade do art. 48, do DL 314, de 1967 (lei de segurança). *Habeas Corpus* nº 45.232. José Rodrigues Vieira., Relator: Themístocles Cavalcanti. 21 fev. 1968. Brasil. DJ 17 jun. de 1968. p. 2228.

_____. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento do pedido formulado na inicial da intervenção. Intervenção Federal nº 2.915-5. Nair de Andrade e outros e Estado de São Paulo. Relator: Marco Aurélio. 03 fev. 2003. DJ p. 11.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.453-7. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 30 nov. 2006. Brasil. DJ 16 mar. 2007 p. 20.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgar procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Mato Grosso do Sul, de nº 1.949. de 22 jan. 1999. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.019-6. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ilmar Galvão. 2 ago. 2001. Brasil. DJ. 21 jun. 2002 p. 95.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgar procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 82 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 247-3. Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ilmar Galvão. 17 jun. 2002. Brasil. DJ 26 mar. 2004. p. 5.

_____. Supremo Tribunal Federal. Lei n. 4.116, de 27.8.62. Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão (c.f., art. 153, par. 23). é inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe "condições de capacidade." representação procedente "in totum". Procurador Geral da República / Sindicato dos Advogados do Rio de Janeiro e Presidente do Senado Federal / Conselho Federal dos Corretores de Imóveis / Lucio Fernandes Monteiro da Cruz. Relator: Cordeiro Guerra. 10. mai. 1976. DJ 02 set. 1977. p. 5969.

_____. Supremo Tribunal Federal. Negar o provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do relator. Agravo Regimental no Inquérito nº 2.206-3. Ministério Público Federal e Henrique de Campos Meirelles. Relator: Marco Aurélio. 10 nov. 2006. Brasil. DJ 2 fev. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. [...] Pedido de liminar indeferido. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República. Relator: Moreira Alves. 14 dez. 1989. DJ 19. set. 1997, p. 45525.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 400. "decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, iii, da Constituição Federal." DJ. 8 mai. 1964, p. 1239.

_____. Supremo Tribunal Federal. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio, não conhecer do recurso extraordinário. Recurso Extraordinário nº 232393-1. Leine Aparecida Moretti Penado e Município de São Carlos. Relator: Carlos Velloso. 12 ago. 1999. p. 55.

_____. Supremo Tribunal Federal. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a constitucionalidade dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, a qual revogou a Medida Provisória nº 2148-1, de 22 de maio de 2001, hoje sob o número 2.198-5 e datando de 24 de agosto de 2001. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9. Presidente da República. Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, (Ellen Gracie, Relatora para acórdão). 23 abr. 2004.

CANARIS, Clauss Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 86 e seguintes.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. 5. ed. 1998. Coimbra: Coimbra Editora. **Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976: revista pelas leis constitucionais 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97 – lei do tribunal constitucional**.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra Limitada, 1994.

_____. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito tributário**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 9 e seguintes.

COMPARATO, Fabio Konder. **Eficácia constitucional**. Revista de direito público. São Paulo: RT n. 98, p. 46-49.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Moacyr Lobo da. **A revogação da sentença**. São Paulo: Ícone, 1995.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiro, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPANHA. Constituição (1978) **Constitución Española**. Disponível em <<http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/index.html>> acesso em 11.09.07.

ESPÍRITO SANTO, **Lei nº 6.780** de 3 de outubro de 2001. Proíbe, por tempo indeterminado, o plantio de eucalipto para fins de produção de celulose no Estado do Espírito Santo.

FALCAO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros. 1997.

FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1996.

FRANÇA. Lei dos 16-24 de agosto de 1790. Disponível em <http://fr.wikisource.org/wiki/Loi_sur_l%27organisation_judicaire_%2816-24_ao%C3%BBt_1790%29> acesso em 11.08.07.

FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação Imediata dos direitos e garantias fundamentais**: A busca de uma gênese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIANELLA DE SALAMA, Alicia. Lógica simbólica In: MARTYNUIK, Cláudio Eduardo. **Positivismo, hermenêutica y teoria de los sistemas**. Buenos Aires: Biblos, 1994.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2002

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade e teoria do direito**, in GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) e GRAU, Eros Roberto. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Disponível em . http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev20Art6.pdf acesso em 26 ago. 2007.

GUIBOURG, Ricardo, GUIGLIANI, Alejandro & GUARINONI, Ricardo. **Introduccion al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HÄRBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HARTZ, Wilhelm. **Interpretação da lei tributária**: conteúdo e limites do critério econômico. Trad. Brandão Machado. São Paulo: Resenha Tributária, 1993.

HECK, Luis Afonso. **O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, v. 781.

IVO, Gabriel. **A Incidência da Norma Jurídica** – O Cerco da Linguagem. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, vol. 4, outubro a dezembro de 2000, Rio de Janeiro: Editora Padma.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Validade e eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMONGI FRANÇA, **Dos princípios gerais de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade**: a linha decisória da suprema corte estadonuidense. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: Comentários à lei 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II: Constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**, In: Temas de direito processual. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad. 2000.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Hábeas corpus n. 82.424.-2 RS**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (coord.). **Constituição e crise política** apud OMMATI, José Emílio Medauar.

OMMATI, José Emílio Medauar. **O princípio da proporcionalidade e a constituição como ordem concreta de valores**. In: Revista de direito Constitucional e Internacional. Ano 15, nº 58, Jan-mar 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 8.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva. 3. ed. 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1992.

REALE. Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA. Carmen Lucia Antunes. Os princípios constitucionais. In: **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Cap. I.

ROCHA. Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. **O pequeno príncipe: com aquarelas do autor**. 18. ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1975.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. in TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000

_____. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. in: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tiragem. Malheiros: São Paulo.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

_____. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. in: A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: Vol V. O orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

USA, Supreme Court of the United States. Appeal 198 U.S. 45 (1905). Lochner e New York. Relator Peckham. 23. fev. 1905. disponível em <http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292/> e <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0/> acesso em 11.08.07.

_____. Supreme Court of the United States. Appeal 348 U.S. 483 (1955). Williamson e Lee Optical of Oklahoma. Relator: William Orville Douglas. 02 mar. 1955. Disponível em <http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1954/1954_184/> e <<http://supreme.justia.com/us/348/483/case.html>> acesso em 14 ago. 07.

_____. Supreme Court of the United States. Appeal 5 U.S. 137 (1803). William Marbury e James Madison. Relator: John Marshall. disponível em <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>> acesso em 12 ago.07.

_____. Supreme Court of United States. Appeal 17 U.S. 316 (1819). McCulloch e Maryland. Relator: Marshall. 6 mar. 1819. disponível em <<http://supreme.justia.com/us/17/316/case.html>> e <http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0/> acesso em 11 ago. 07.

VANONI, Ezio. Natureza e interpretação das leis tributárias. Trad. Rubens Gomes de Souza. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 19__.

VILANOVA, Lourival. **Norma jurídica – proposição jurídica**: significação semiótica. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, nº XV.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Norma jurídica**. 4.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000.

_____. Notas para um ensaio sobre a cultura. In: **Estudos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Ibet / Axis Mundi, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico** – investigações filosóficas. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 3.ed. Madri: Editorial Trotta, 1999.

ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade**: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.) Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.