

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO**

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE:  
SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Nathalia Brisolla de Mello**

**PIRACICABA  
2008**

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO**

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE:  
SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Nathalia Brisolla de Mello**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito – UNIMEP, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania. Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

PIRACICABA

2008

Mello, Nathalia Brisolla de.  
Princípio Constitucional da Proporcionalidade: sua  
aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Piracicaba, 2008.  
111p.

Orientador: Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

Dissertação (Mestrado) Universidade Metodista de  
Piracicaba. Curso de Mestrado em Direito.

1. Princípios. 2. Interpretação Constitucional.  
3. Princípio da Proporcionalidade. 4. Positivismo Jurídico  
*Stricto Sensu* 5. Pragmatismo Jurídico

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE:  
SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Nathalia Brisolla de Mello**

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez  
Presidente/Orientador  
UNIMEP

---

Prof. Dr. Alessandro Jacomini  
UNASP

---

Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina-Velázquez  
Co-orientador  
UNIMEP

Dissertação apresentada e aprovada em 29 de Agosto de 2008

## **Dedicatória**

Ao meu pai Antonio Mentor, pela doce destemida razão.

À minha mãe Beth, pelo companheirismo.

Ao meu marido Fábio, pelo coração.

## **Agradecimentos**

Dedico este espaço para agradecer aos que em muito contribuíram, cada qual à sua maneira, para a realização desta Dissertação de Mestrado, resultado de um ideal.

Assim, agradeço:

Especialmente a Deus, por ter me proporcionado a descoberta e a superação de meus limites, com coragem para percorrer os novos.

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez, pelo seu vasto conhecimento, por tudo o que me ensinou, pela gentil acolhida. Por ter acreditado na concretização deste estudo, dedicando-me respeito, confiança e credibilidade.

Aos professores que participaram do Exame de Qualificação e do Exame de Defesa desta dissertação, Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina-Velázquez e Prof. Dr. Alessandro Jacomini, pelas valiosas contribuições.

Ao Prof. Dr. Dimitri Dimoulis, pelos ensinamentos, pela confiança, pela orientação.

Ao meu querido marido Fábio, pelos momentos de grande incentivo, pela colaboração e paciência durante a execução deste trabalho; principalmente nas minhas ausências constantes, mesmo estando presente, por absolutamente tudo.

Aos meus pais, Antonio Mentor e Beth, meus irmãos Stephania e Diogo, ao cunhado Marcos e cunhada Juliana, pelo incentivo e força necessários. Ao Théo, pelo amor e alegria.

Ao meu avô Assis Mentor (*in memoriam*), um grande exemplo, pela confiança. Na pessoa de quem agradeço todos os meus demais familiares, avós, tios, tias, primas. Notadamente os tios Angélica, José Mentor e Graça, Raul Brisolla, por compartilharem os conhecimentos, que tanto me auxiliaram nesta jornada.

Aos meus colegas de trabalho, que me incentivaram a dar continuidade a este estudo.

A todos os professores que tive ao longo de minha trajetória. É com muito carinho e respeito que os agradeço.

Aos queridos amigos e amigas, conquistados dentro e fora da academia, pela paciência, pela força, pela companhia sincera.

Às funcionárias da Secretaria e Coordenação da Pós-graduação, e as funcionárias das Bibliotecas da UNIMEP, pela orientação e pelas sugestões na elaboração das referências bibliográficas.

A todos, meus sinceros agradecimentos!

## RESUMO

A presente dissertação busca apresentar uma abordagem positivista estrito senso da interpretação constitucional. Trata-se de uma análise de cunho doutrinário, que a coteja em face da interpretação moralista, axiológica, almejando alcançar a base filosófica que embasa e justifica o princípio da proporcionalidade. Aborda-se a importância dos princípios para o direito, e sua estreita relação com a interpretação constitucional, na qual se dá enfoque, especificamente, à contribuição da interpretação segundo o pragmatismo jurídico-político. O princípio da proporcionalidade é apresentado evidenciando-se as diferenças terminológicas, a origem, a sede material, seus elementos constitutivos, com o objetivo de demonstrar sua importância na interpretação constitucional dos direitos fundamentais. O estudo aponta em alguns acórdãos como aparece o princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nas considerações finais do trabalho evidencia-se que o princípio da proporcionalidade é apenas mencionado, seus elementos são apontados, contudo, não ocorre uma efetiva aplicabilidade.

**Palavras-chave:** Princípios; Interpretação Constitucional; Princípio da Proporcionalidade; Positivismo Jurídico *Stricto Sensu*; Pragmatismo Jurídico.

## **ABSTRACT**

This dissertation seeks to present a positivist approach strict sense of constitutional interpretation. It is a stamp of doctrinal analysis, which analyzed in the face of moralistic interpretation, values aim to achieve the basic philosophical consolidates and justifies the principle of proportionality. It addresses the importance of the principles for the law, and its close relationship with the constitutional interpretation, which gives focus, in particular, the contribution of interpretation to the legal and political pragmatism. The principle of proportionality is shown highlighting the differences in terminology, origin, the seat material, its constituent elements, in order to demonstrate their importance in interpreting constitutional fundamental rights. The study suggests some judgments as it appears on the principle of proportionality and their applicability by the Supreme Federal Court. In closing comments of work shows that the principle of proportionality is only mentioned, its elements are pointed out, however, is not an effective applicability.

**Key-words:** Principles; Constitutional Interpretation; Principle of Proportionality; Legal Positivism Stricto Sensu; Legal Pragmatism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS</b> .....	15
<b>CAPÍTULO II – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	20
2.1. Notas sobre a hermenêutica.....	22
2.1.1. Hermenêutica segundo Palmer.....	22
2.1.2. Hermenêutica segundo Maximiliano.....	25
2.2. Interpretação da norma.....	27
2.3. A interpretação positivista e a moralista: considerações.....	31
2.4. Tecendo considerações sobre a metodologia do positivismo.....	36
2.4.1. Segurança Jurídica.....	37
2.4.2. A convenção da verdade jurídica.....	38
2.4.3. A objetividade da interpretação.....	39
2.5. Deferências sobre a norma constitucional.....	41
2.6. Etapas da teoria interpretativa.....	45
2.6.1. Reconstrução das propostas interpretativas.....	46
2.6.2. Interpretação sistemática.....	47
2.6.2.1. Métodos da interpretação sistemática.....	48
2.6.2.1.1. Interpretação gramatical.....	49
2.6.2.1.2. Interpretação sistêmica.....	51
2.7. Sujeitos intérpretes e ou aplicadores.....	54
<b>CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	57
3.1. Questões terminológicas e outras diferenciações fundamentais.....	58
3.1.1. Regra ou princípio.....	58
3.2. Terminologia: proporcionalidade, razoabilidade ou proibição de excesso.....	60
3.3. Origem da Proporcionalidade.....	61

3.4. Algumas definições.....	65
3.5. Sede material do princípio da proporcionalidade no Brasil.....	67
3.6. Elementos do princípio da proporcionalidade.....	69
3.6.1. O Elemento da adequação.....	71
3.6.2. O Elemento da necessidade.....	72
3.6.3. O Elemento da proporcionalidade em sentido estrito.....	74
3.7. Críticas acerca da proporcionalidade.....	75
<b>CAPÍTULO IV – UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>80</b>
4.1. Supremo Tribunal Federal: breve apresentação.....	80
4.2. Composição plenária atual.....	84
4.2.1. Ministros.....	84
4.2.2. Turmas.....	84
4.2.3. Comissões.....	85
4.3. Análise jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal.....	86
4.3.1. O Acórdão.....	86
4.3.2. Universo pesquisado.....	87
4.3.3. Questões para análise e as respectivas observações.....	89
4.3.4. Um acórdão a servir de paradigma.....	90
4.3.5. Os cinco acórdãos selecionados e a observação final.....	92
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

A dissertação de mestrado que ora apresentamos tem como objetivo desconstruir o pilar que sustenta o princípio da proporcionalidade na ciência do direito, qual seja, balizar a interpretação e aplicação da norma, buscando a solução de conflitos que possam existir, e colocá-lo em discussão nas bases da interpretação clássica constitucional.

O princípio da proporcionalidade tem sido objeto de estudo em diversas áreas da ciência do direito, tais como: direito processual civil, direito ambiental, direito eleitoral. Para tanto, nos lembramos de Nelson Nery Junior<sup>1</sup>, Gisele Santos Fernandes Góes<sup>2</sup>, Juarez de Freitas<sup>3</sup> e Olivar Coneglian<sup>4</sup>.

Visto em parâmetros constitucionais, sua aplicação é usualmente pensada face aos direitos fundamentais, como nos ensina Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>5</sup>, Wilson Steinmetz<sup>6</sup> e Ricardo Lobo Torres<sup>7</sup>.

Não obstante o já debatido em várias áreas percebemos que a aplicação desta questão em casos concretos no Brasil não é conduzida por parâmetros científicos claros, razão pela qual buscamos, ao longo deste estudo, investigar sobre esta afirmação, a fim de estabelecermos conexão entre o que nos propõe a teoria e o que nos mostra a prática.

---

<sup>1</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8 ed. rev., ampl., atual. Com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, Capítulo I, Item 4, subitem 4.17, p 50-51.

<sup>2</sup> GÓES, Gisele S.F. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>3</sup> FREITAS, Juarez de. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. **Interesse Público**. São Paulo: Nota Dez, V 7 (35) 2006, p. 33-35.

<sup>4</sup> CONEGLIAN, Olivar A.R. **Inelegibilidade - Inelegibilidade e Proporcionalidade - Inelegibilidade e Abuso de Poder**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>5</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, Item 10, p. 176 - 232 .

<sup>6</sup> STEINMETZ, Wilson. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo L. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 421-441.

Nesse sentido, intencionamos aferir na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se há parâmetros científicos, ou não; quais são eles e, caso existam, qual a base doutrinária seguida. Após esta observação, que é parte do processo de construção dos dados, analisamos as suas conseqüências para a ciência do direito.

De acordo com o que propomos acreditamos que o tema, sob este enfoque, está inexplorado e que sua investigação, notadamente a apuração das conseqüências é de inequívoca contribuição para o estudo da ciência do direito no Brasil.

Não é possível construir o pensamento científico sem a viga mestra teórica. Para responder as indagações propostas, discorreremos sobre as bases teóricas que norteiam a condução deste estudo.

Assim sendo, recorreremos primeiramente aos princípios constitucionais, seus conceitos e aplicação, passando pela hermenêutica e sua metodologia; a interpretação moralista e a positivista, culminando nos elementos do princípio da proporcionalidade.

Da análise dos conceitos de princípio, focamos sua importância na interpretação e aplicação das normas, bem como apresentamos a hermenêutica e, aliada a ela, a interpretação para mostrar a tarefa do jurista ao extrair o significado do texto.

Do mesmo modo, aprofundamos o estudo da interpretação constitucional sob o aspecto específico da proporcionalidade, a partir do seu conceito, origem e terminologia.

Enfrentamos, ainda, as seguintes questões problematizantes e conceituais, que nos fazem refletir:

- O princípio da proporcionalidade pode ser usado como instrumento de retórica e, se afirmativo, quais as conseqüências e alternativas?
- Sua utilização facilita o não cumprimento do ordenamento jurídico? Por quê?
- A aplicação do princípio da proporcionalidade é passível de controle objetivo?
- Se o princípio da proporcionalidade é sinônimo de razoabilidade, de proibição de excesso?
- Em sua utilização, como critério hermenêutico para a restrição de um direito, basta somente existirem dois elementos da proporcionalidade - a adequação e a necessidade? Ou será necessária a utilização de um terceiro elemento, a proporcionalidade em sentido estrito?

Assim, esta dissertação busca respostas para o tema em estudo em balizas estritamente constitucionais, frente às regras de hermenêutica e interpretação das duas grandes correntes doutrinárias do direito – o positivismo e o moralismo. Busca, igualmente, por meio de uma análise crítica, apurar se é possível e necessária, a cientificidade e precisão na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Almejamos refletir se sua utilização, quer seja objetiva ou subjetiva, acarreta interpretações abusivas, que extrapolam o poder jurisdicional constitucionalmente determinado, ou não; descaracterizam a cientificidade do direito ao atribuir caráter jurídico a questões de ordem moral, política, religiosa, ou não; e suas conseqüências frente à ciência do direito.

Metodologicamente, este estudo é realizado numa abordagem qualitativa, com enfoque na pesquisa exploratória.

Segundo Gil<sup>8</sup>, a pesquisa exploratória:

---

<sup>8</sup> GIL, Antonio C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 2003, p.45.

...é desenvolvida com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato. Este tipo de pesquisa é realizado especialmente quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil sobre ele formular hipóteses precisas e operacionalizáveis.

O levantamento de dados foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, pesquisa em periódicos e em meio eletrônico. Já a parte prática foi realizada com base na análise de vinte e cinco acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em escolha aleatória dentre os quarenta levantados, com a expressão de busca “proporcionalidade” no período determinado de 01 de janeiro de 2007 à 31 de dezembro de 2007.

Para a constatação prática do proposto nesta introdução, se há parâmetros científicos ou não na aplicação do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência do STF e suas conseqüências para a ciência do direito, elaboramos um questionamento de três perguntas aos acórdãos, e após os balizaremos com a doutrina sobre o princípio aqui apresentada.

Assim, esta dissertação está estrutura da seguinte forma:

O Capítulo I tece considerações sobre os princípios e sua utilização na interpretação e aplicação das normas.

O Capítulo II apresenta a interpretação constitucional mostrando as contribuições da hermenêutica, a interpretação da norma com base no positivismo e no moralismo, enfoca a metodologia do positivismo, faz deferências sobre a Norma Constitucional e apresenta as etapas da teoria interpretativa.

O Capítulo III estabelece o detalhamento doutrinário do tema, desde a origem, terminologia, definições; mostra os elementos do princípio da proporcionalidade, bem como tece críticas sobre a proporcionalidade.

O Capítulo IV aplica o detalhamento doutrinário do tema em julgados do Supremo Tribunal Federal.

Nas Considerações Finais buscamos refletir criticamente sobre o apurado pelas pesquisas empírica e prática.

## CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS

Não há apenas uma, mas várias concepções de princípios e, cada uma reflete o posicionamento do que se entende por direito.

Ante a impossibilidade de se uniformizar o que é princípio no âmbito do direito, buscamos um conceito adequado à concepção, que cumpra a função de explicá-lo, a fim de que possa ser aplicado.

O conceito de princípio é importante não só pelo aspecto teórico, mas também porque a partir dele é possível verificar se o princípio está considerado acima de um ordenamento jurídico hierarquicamente escalonado, ou não. Se se trata de um valor, norma ou regra. Se o seu descumprimento pode gerar sanção.

Para cada escolha decorrem conseqüências diferentes, e podem alterar a sua aplicação do ordenamento jurídico.

Para Canotilho, seguindo o entendimento de Alexy<sup>9</sup>, os princípios são normas jurídicas que se distinguem, especialmente sob o ponto de vista qualitativo, pois são compatíveis com vários graus de concretização que, de acordo com a situação fática e jurídica, permitem o balanceamento de valores e interesses<sup>10</sup>, enquanto as regras envolvem um tudo ou nada em sua incidência, conforme Dworkin<sup>11</sup>, levando à conclusão de que, ou são realmente passíveis de aplicação ou não; já os princípios podem coexistir, e havendo colisão deverão ser harmonizados, pois podem ser objetos de ponderação.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Norma é o gênero, princípio e regra são as espécies. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª. reimp. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997, p. 82-87.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1160.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 98.

<sup>12</sup> CANOTILHO, op cit, p. 1160.

Alexy entende que princípio é uma das espécies de norma<sup>13</sup> e diferencia os princípios das regras, porque ambas dizem o que “deve ser”, podendo ser formuladas com expressões de mandato, permissão ou proibição. Para o autor, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na “maior medida possível”, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, são os mandamentos de otimização. Enquanto as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, devendo ser feito exatamente o que ela exige, nada mais nada menos, é uma questão de tudo ou nada, não são suscetíveis de ponderação e tampouco necessitam dela.

Na esfera nacional encontramos o seguinte panorama, a partir de alguns doutrinadores. Araújo e Nunes Jr. afirmam que princípios são regras mestras e alicerces de um sistema.<sup>14</sup> Para Bastos os princípios no âmbito constitucional são normas de função transcendente dentro da constituição, normas fundamentais para a interpretação e que possuem alto grau de abstração e indeterminação das circunstâncias a que se aplicam.<sup>15</sup> Afirma, ainda, que é difícil a distinção entre normas e princípios, sendo o critério mais utilizado o grau de abstração, contudo, entende que os princípios não se colocam além ou acima do direito.<sup>16</sup>

Bandeira de Mello entende que princípio é, por definição, “mandamento nuclear” de um sistema, verdadeiro alicerce, servindo para a exata compreensão e inteligência da norma<sup>17</sup>. Já Mota e Spitzcovsky classificam os princípios constitucionais, pelo seu caráter abrangente, como um critério seguro para a

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª Reimp. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997, p. 82-87.

<sup>14</sup> ARAÚJO, David; NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.66.

<sup>15</sup> BASTOS, Celso R. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159.

<sup>16</sup> BASTOS, Celso R. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 54.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 771.

interpretação das demais normas constitucionais, norteando e oferecendo unidade a todo o ordenamento jurídico.<sup>18</sup>

Para Dimoulis, princípio é norma geral e particularmente abstrata, contida implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico, e indica a ideologia política, as opções e os valores do legislador.<sup>19</sup>

Os princípios constitucionais oferecem diretrizes materiais de interpretação das normas contidas no ordenamento jurídico e da constituição, e mais, atrelam a liberdade legiferante do legislador.<sup>20</sup> E podem tanto estar de forma implícita ou explícita. Ao nos referirmos a princípios constitucionais estamos tratando de ambas as espécies.

Em muitos casos, os implícitos emergem de um conjunto de regras jurídicas que, por consagrarem em si um determinado valor subjacente, se elevam a um nível, ainda que abstrato, de princípio propriamente.<sup>21</sup>

Canotilho leciona que os princípios constitucionais consignados na constituição não escritos devem ser assim considerados se “reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados” e oferece como exemplo o da proporcionalidade, pois na Constituição Portuguesa está implícito e apenas explicitamente consignado como princípio diretor da administração (art. 266.º/2 na redação da LC 1/89). Baseia esta afirmação no fato de que trata-se de um sub-princípio densificador do princípio constitucional do Estado de Direito Democrático.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> MOTA, Leda P.; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 210/211.

<sup>19</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 315.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1166.

<sup>21</sup> BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 97 (nota de rodapé).

<sup>22</sup> CANOTILHO, op cit, p. 920.

A variedade de conceitos que se apresenta demonstra que o regulamento e a função dos princípios são discutíveis, contudo sua existência – explícita ou implícita, parece evidente, sendo certo que os princípios são elementos importantíssimos para a hermenêutica jurídica, pois emprestam solidez e coerência ao sistema<sup>23</sup>, e vinculam o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.<sup>24</sup>

Ante o grau de abstração e generalidade, em torno dos princípios constitucionais há um conjunto de regras a incidir. Eles funcionam, também, como limitações à atividade interpretativa.

Muitas vezes, para interpretá-los é preciso utilizar os princípios gerais do direito; segundo Bastos, tais princípios podem ingressar na Constituição, “pelas mãos dela própria”.<sup>25</sup>

Eles não possuem uma posição hierárquica superior aos dos demais preceitos constitucionais. Todos estão no mesmo patamar ou nível jurídico, o que não impede que sejam os princípios a conferirem o sentido último da interpretação constitucional.<sup>26</sup> Sendo certo que os princípios estão sempre de algum modo ligado ao texto normativo e nunca livre de fórmulas doutrinárias.<sup>27</sup>

Alguns doutrinadores diferenciam os princípios gerais de direito e os constitucionais. Os primeiros denotam evidente conotação com um ramo ou setor do direito, não sendo facilmente aplicados à totalidade do ordenamento jurídico, como o caso dos constitucionais.<sup>28</sup> Tais doutrinadores entendem, ainda, que as

---

<sup>23</sup> ROTHENBURG, Walter C. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 51.

<sup>24</sup> CARRAZA, Roque A. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.29.

<sup>25</sup> BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 145.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>27</sup> ROTHENBURG, op.cit., p.58

<sup>28</sup> BASTOS, op. cit., p. 148.

características peculiares de um texto constitucional, impõe a utilização de princípios específicos para a interpretação de suas normas.<sup>29</sup>

Para Mendes, a utilização dos princípios para interpretação e aplicação das normas constitucionais é extremamente necessária, pois eles previnem ou evitam o surgimento do aparente conflito de regras, admitindo conveniência e conciliação com outros princípios, tudo em um “complexo jogo concentrado de complementação e restrição recíprocas”.<sup>30</sup>

Para a “metódica constitucional interessa, sobretudo, clarificar o processo de concretização<sup>31</sup> (aplicação, interpretação e controlo)”.<sup>32</sup> Assim, verificada a inutilidade dos métodos adotados para se encontrar o sentido e alcance das normas, é perfeitamente cabível a aplicação dos princípios.<sup>33</sup>

Considerando esta análise dos princípios constitucionais, que constatou manifesto sua generalidade e abstração, e ainda, que são eles instrumentos na interpretação constitucional, partimos para a interpretação constitucional.

---

<sup>29</sup> MOTA, Leda; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.29.

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar F. et al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.45-47.

<sup>31</sup> “Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermediário, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.” Cf. CANOTILHO, José J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, [nota 13], p. 1165.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª. ed. Portugal: Coimbra, 2001, p. 190.

<sup>33</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 302.

## CAPÍTULO II – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional varia de um país para outro, de período a período, de acordo com a interação das suas realidades jurídica e política, a evolução histórica de seus institutos constitucionais, daí porque não podemos simplesmente adotar a teoria constitucional de outro país.<sup>34</sup>

Virgílio Afonso alerta que os métodos de interpretação constitucional, conforme inventariados por Böckenförde<sup>35</sup> – o hermenêutico clássico, tópicoproblemático, científico-realista, hermenêutico-concretizador – têm sido defendidos conjuntamente como se compatíveis e complementares e, na verdade, não o são, sendo este sincretismo metodológico impossível de ser praticado. Isto porque “pretende misturar o imisturável”<sup>36</sup> e emperra a possibilidade“ de discussão real sobre o assunto e a elaboração de métodos ou critérios que sejam adequados e, o

---

<sup>34</sup> SILVA, Virgílio Afonso. (org) *Interpretação Constitucional*, apud SILVA, V.F (org) et al. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. 1ª ed, 2ª tir. São Paulo:Malheiros, 2008, p. 115-143.

<sup>35</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassngsinterpretation: Bestandaufnahme und Kritik. Saat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991 (pp. 53-89), apud SILVA, Virgílio Afonso. (org) *Interpretação Constitucional*, apud SILVA, V.F (org) et al. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. 1ª ed, 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115-143.

<sup>36</sup> Cf. SILVA, op. cit., p. 137-137: Há vários pontos incompatíveis entre as teorias hermenêuticas de Friedrich Muller e Alexy. Apresentamos simplificadaamente um: Para Muller, no que diz respeito à extensão do dever-ser de cada direito fundamental “A racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise de delimitação do âmbito de cada norma. Depois desta árdua tarefa não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em nenhuma colisão jurídica relevante. Logo, sem colisão não há razão para sopesamento. (...) Assim, se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão em honra e privacidade de um lado, e liberdade de expressão, outro. Isso porque a publicação de um livro ofensivo à honra e à privacidade não faz parte do suporte fático da liberdade de expressão. O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito”. Já Robert Alexy “defende a idéia de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo. Isso significa, principalmente, que toda situação que possui alguma característica que, isoladamente considerada, poderia ser subsumida à hipótese de incidência de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis. (...) Uma limitação a essa liberdade de expressão só poderá ocorrer após um sopesamento de argumentos e contra-argumentos com base nas variáveis de cada caso concreto”. No caso concreto acima “significaria que o simples ato de escrever um livro, isoladamente considerado, pode ser subsumido à hipótese de incidência da liberdade de expressão e não pode, de antemão, ser excluídos de seu âmbito de proteção”.

mais importante, realmente aplicáveis à interpretação constitucional em geral, e da Constituição Brasileira em particular”.<sup>37</sup>

Ademais, a interpretação de cada área do direito deve ter a interpretação guiada pelos desígnios próprios, apresentados no conteúdo da norma pelo legislador. Assim, a tarefa da interpretação da constituição não é necessariamente a mesma da empregada para as outras.

Na afirmação de Dimoulis, para o direito penal, constitucional, administrativo, por exemplo, onde a relação é, de um lado, o poder Estado e, do outro, o indivíduo e seus direitos, a utilização como critério valores morais pode trazer dúvida às deliberações dos órgãos que possuem legitimação democrática e não garantir o respeito aos limites que coloca o direito à ação do Estado.

O direito civil não pode se limitar aos métodos positivistas, deve considerar o caso concreto pesando os interesses em jogo, elementos da realidade daquela relação jurídica, pois há ampla liberdade aos particulares, deixada pelo legislador, e o julgador deve decidir, dentre interesses igualmente protegidos, que possuem estrutura semelhante em sentidos opostos<sup>38</sup>.

Os elementos constitutivos e estruturantes da interpretação são estudados pela hermenêutica, razão pela qual tecemos algumas notas a seguir.

---

<sup>37</sup> SILVA, Virgílio Afonso. (org) Interpretação Constitucional, apud SILVA, V.F (org) et al. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. 1ª ed, 2ª tir. São Paulo:Malheiros, 2008, p. 139.

<sup>38</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 26.

## 2.1. Notas sobre a hermenêutica

O campo da hermenêutica jurídica não é menos complexo e diversificado do que o apresentado nas considerações sobre os princípios. Traz em seu bojo uma diversidade teórica que atinge a interpretação e a aplicação do direito.

Abordamos a hermenêutica eminentemente à luz de dois referenciais teóricos: Palmer<sup>39</sup> e Maximiliano<sup>40</sup>, escolhidos por considerarmos autores representativos das linhas teóricas que seguem, com ênfase dado à teoria de Palmer, utilizada para estabelecer alguns contrapontos. Trata-se de dois caminhos investigativos da hermenêutica, percorridos sob linhas antagônicas. Didaticamente, se dividirmos a hermenêutica em dois grandes grupos, cada qual pertencerá a um.

### 2.1.1. Hermenêutica segundo Palmer

Para Palmer a autenticidade da hermenêutica é possível quando deixa de ser um conjunto de artifícios e de técnicas de elucidação de texto, quando deixa de avaliar o problema hermenêutico dentro do horizonte da própria interpretação. É a aproximação real do ser e suas experiências com a obra, o texto em interpretação.

Portanto, para uma teoria da hermenêutica adequada há que se ter uma concepção lata da interpretação e, com isso, juntar duas áreas da teoria da compreensão: o tema do que está envolvido no fato de compreender uma obra e o tema do que é a própria compreensão, em seu sentido fundante e essencial.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

<sup>40</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

<sup>41</sup> PALMER, op cit, p. 20-21.

Palmer considera o que será interpretado como “obra” – pois esta é sempre de um homem ou de Deus, e a decifração e compreensão desta obra é o ponto central da hermenêutica, que recorre aos modos de compreensão mais sutis e compreensíveis e descreve especificamente os modos históricos e humanísticos.

Para esta teoria, ter-se o que será interpretado como “objeto”, ou interpretar a obra conforme métodos de análise científica, é dar-lhe tratamento como se fosse um objeto natural e silencioso, contudo, na realidade é em si mesma um ser, com seus próprios poderes e sua própria dinâmica.<sup>42</sup>

O campo da hermenêutica deve sempre se remeter ao significado de duas ou de três orientações significativas da interpretação contidas nas três vertentes básicas patentes no significado de *hermeneuein* e *hermeneia*<sup>43</sup>: como “dizer”, como “explicar” e como “traduzir”.<sup>44</sup>

A hermenêutica como “dizer” brota das entoações, da própria expressão e explicação da palavra. Mesmo na leitura individual, recurso de utilização contemporânea, ouvimos um diálogo por meio de uma audição interna. Sem deixar de reconhecer as vantagens de uma transmissão escrita, são boas as razões que fazem com que a linguagem oral seja mais facilmente compreendida que a escrita, pois as obras são consideradas mais perfeitamente enquanto textos que falam, criados por seres humanos.<sup>45</sup>

A hermenêutica como “explicar” traz que as palavras não se limitam a dizer algo, mas também explicam, racionalizam. Ao exprimir uma situação já estamos interpretando-a, pois se trata de uma operação mental que começa imperceptivelmente a transformar-se em explicação, é uma operação fundamental

---

<sup>42</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 17-19.

<sup>43</sup> As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneueim*, usualmente traduzido por interpretar, e no substantivo *hermeneia*, interpretação. Cf. PALMER, op cit, p. 23.

<sup>44</sup> Ibid., p. 41.

<sup>45</sup> Ibid., p. 25-30.

do intelecto quando formula um juízo verdadeiro ou falso sobre uma coisa; é ato essencial do pensamento humano.

Neste tópico observamos um contraponto crítico à teoria interpretativa do positivismo, a qual pretende a neutralidade de juízos valorativos; seguindo o raciocínio interpretativo referido, o emprego de juízos, valor – verdadeiro ou falso, na interpretação é, ao menos inicialmente, um processo involuntário que ocorre no momento em que a mente faz a captação dos dados. Quando se passa à análise científica, a informação está valorada automaticamente. Assim, análise lógica não é neutra, porque é necessariamente precedida da análise prioritária e fundante, um procedimento mental automático.<sup>46</sup>

Adverte Palmer que a aplicação destes dois procedimentos não é cair no “psicologismo”, pois não lida com sentimentos, mas sim com a estrutura dinâmica da compreensão.<sup>47</sup>

A hermenêutica como “traduzir” não é um ato mecânico, é tornar compreensível o que é estrangeiro, estranho, ininteligível; é tornar significativo “em nossa língua”, o que é pouco comum, obscuro, estranho. É transpor a barreira entre dois mundos, e eles sempre estão presentes, quer em uma obra escrita em língua nacional, quer em um diálogo autêntico, ou no mundo do texto e o mundo do leitor<sup>48</sup>.

Palmer, em uma crítica abrangente, atribui o desinteresse pela literatura e pela leitura, ao modelo dominante de interpretação – a científica, segundo o qual o objeto deve ser isolado para ser analisado. Poeticamente afirma que “a literatura também pode morrer, morrer de fome pela ausência de uma relação com o leitor”.

---

<sup>46</sup> Ibid, p. 30-36.

<sup>47</sup> Ibid, p. 36.

<sup>48</sup> Ibid, p. 36-41.

Assim, conclui: “A ciência manipula as coisas e desiste de viver nelas”.<sup>49</sup>

Em suma, segundo esta teoria, para interpretar o universo da obra não é preciso qualquer método, tipologias ou classificações para dissecá-lo, mas sim de compreensão humanística do que aludi em sua interpretação.

### 2.1.2. Hermenêutica segundo Maximiliano

Para Maximiliano a hermenêutica examina regras e métodos a serem gerenciados pelo intérprete do direito, a fim de se extrair o significado da norma, isto é, de interpretá-la.

É a parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos de interpretação. Busca o sentido e o alcance das expressões do direito, tal qual nos mostra o autor<sup>50</sup>. A hermenêutica se distingue da interpretação porque “esta é aplicação daquela”. “É a teoria científica da arte de interpretar”. Possui apenas um objeto, a lei. A aplicação possui dois objetos, os fatos e a lei.<sup>51</sup>

Examinados um a um os métodos de interpretação, verificada sua compatibilização, há que se fazer um conjunto lógico, um complexo harmônico. A análise sucede a síntese.

Palmer refuta esta, uma vez que este entende que a hermenêutica é o estudo da compreensão, a tarefa de compreender textos que, para ser alcançada, não precisa de métodos – uma tentativa de avaliação de controle por parte do intérprete,

---

<sup>49</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. The Primacy of perception and other Essay – Eye and Mind. Trad. Carleton Dallery, Ed. James M. Edie, p. 159, apud PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 18.

<sup>50</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 1-5.

<sup>51</sup> Ibid, p. 1.

ou seja, para a compreensão, segundo o autor o intérprete deve experimentar a obra por completo.<sup>52</sup>

A hermenêutica tem como objeto a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do Direito, isto porque a interpretação revela o conteúdo, o significado e o alcance da norma, a fim de aplicá-la em um caso concreto. A aplicação é a sua concretização, o momento final da interpretação, a efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.

Assim, a hermenêutica antecede à interpretação, dando-lhe as regras a serem perquiridas.

Em contraponto, Palmer afirma que conhecer uma obra não se faz por observação ou reflexão, mas por participação, vivendo a experiência “do movimento interno da coisa”. Nesta linha, a experiência hermenêutica, como a denomina, deve superar o esquema sujeito-objeto, que distancia o leitor da obra, deve sim ser a ponte que os aproxima.

Ainda que determinante o papel do aplicador em uma decisão, é necessária a hermenêutica para que não se comprometa a legislação e certeza do direito.

Ressaltamos que aplicar o direito é ato próprio do ofício de magistrado, é da natureza do poder judiciário, contudo, “na obrigação de decidir sempre, não se compreende a prerrogativa do juiz – de substituir o legislador”.<sup>53</sup>

Desta forma, deve haver um processo sistematizado, com regras e métodos previamente definidos, que serão utilizados pelo intérprete do direito, quando for extrair o significado da norma para aplicá-la.

---

<sup>52</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 17-19.

<sup>53</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 52.

## 2.2. Interpretação da norma

O direito enquanto sistema de elementos interligados e ordenados, que cumpre determinadas funções, enquanto conjunto sistêmico de normas válidas, que objetiva regulamentar o comportamento social, para ser ordenado é necessária sua interpretação, é preciso apreender o sentido da norma que, por vezes, possui alto grau de indeterminação.

Há, ainda, o caso de normas contraditórias entre si – antinomia e também de ausência de normas aplicáveis – lacunas. Cumpre o alerta de Maximiliano quanto à excepcionalidade desta, e que sempre ao se descobrir uma contradição, “deve o hermeneuta desconfiar de si, presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis”, pois a tarefa é harmonizar os dispositivos.<sup>54</sup>

Caso a antinomia persista, apontamos, em breves linhas, preceitos diretores que devemos seguir, conforme Maximiliano<sup>55</sup>:

- a) Supremacia da regra particular, se entre regra geral e específica.
- b) Conferir se os dispositivos não se referem a hipóteses diferentes; neste caso cada um tem uma esfera de atuação especial e diversa.
- c) Considerar os dois textos como partes de um todo; partes que se complementam, assim a generalidade aparente de uma é restringida pela precisão da outra.
- d) Se a disposição é secundária ou acessória e incompatível com a principal, prevalece a última.

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 134.

<sup>55</sup> Ibid., p. 134-136.

- e) Elege-se para prevalecer o dispositivo mais claro, lógico e em harmonia com o sistema jurídico.
- f) Prevalece a hierarquia, temporal – a mais recente sobre a mais antiga, das competências legislativas e das leis – a Federal, seguida dos Estados-membros e dos municípios; a Constituição Federal sobre todas, as ordinárias sobre as de caráter regulamentar, instruções.
- g) Não se tratando de nenhum dos eventos supracitados, se os dois textos são de mesma data e procedência, têm-se a eliminação recíproca: “nenhum deles se aplica ao objeto a que se referem”. Se de igual autoridade, mas tempo diferente, importa verificar se o caso de ab-rogação tácita.<sup>56</sup>

Contudo, o sentido da norma não é unívoco, o órgão aplicador encontra-se diante de vários significados possíveis, várias possibilidades de aplicação jurídica. Daí porque a interpretação jurídica, na extração do significado de um texto, pode enfrentar dificuldades.

Deste modo, verificamos a indeterminação da norma, fruto da pluralidade de significações de uma palavra, ou de uma seqüência de palavras pela qual se exprime, ou ainda, a indeterminação pode decorrer do fato de duas normas, que pretendem valer ao mesmo tempo, se contradizerem total ou parcialmente.

Para o alto grau de indeterminação, o ordenamento precisa ser interpretado, explicado, dar-lhe o significado, dizer novamente com palavras diferentes, retirar de uma frase, sentença, tudo o que ela contém.

Maximiliano cita que “tudo se interpreta, inclusive o silêncio”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Ibid, p. 134-136.

<sup>57</sup> Ibid., p. 9.

Contudo, para Dimoulis, mais detalhadamente, os problemas de interpretação jurídica são gerados por três razões<sup>58</sup>:

A “Polissemia da Linguagem”, devido ao caráter vago da linguagem, já que as palavras podem ser interpretadas de várias maneiras.

A “Abstração dos Regulamentos Legais”, para que se possa regulamentar um conjunto amplo de situações; ainda que quisesse resolver todas as imprecisões, teria que especificar em intermináveis detalhes, tornando o sistema jurídico extremamente complexo. Desta forma, cabe ao operador do direito, mediante a interpretação, o modo de aplicá-lo ao caso concreto.

O “Conflito de Interesses”, em que “as controvérsias relacionadas com a interpretação jurídica são causadas, também, por conflitos de interesses de grupos e pessoas; são opiniões contrárias sobre qual o “sentido” da lei”.

Nesta etapa é que reside a maior dificuldade para o intérprete. Há consciência da pluralidade de significados da norma e das diferentes formas de hermenêutica. Das apresentadas no tópico anterior, observamos de um lado a teoria que busca a compreensão em sentido lato; de outro a que visa o conteúdo da exegese dos textos lingüísticos.

Em suma, nesta fase questiona-se qual método interpretativo a ser seguido?

Palmer procura contemporizar ao afirmar que os dois pólos não precisam ser eliminatórios entre si, nem tampouco absolutamente independentes; contudo, devem ser tratados separadamente para que um possa esclarecer o outro.

A lógica da validação é parte legítima do problema hermenêutico, não obstante, não deve se reduzir ao que Palmer pretendia dizer; o problema é mais

---

<sup>58</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 158-159.

profundo e deve se basear na definição mais completa possível do que significa compreender um texto, e não uma arbitragem entre interpretações rivais.

E mais, para o autor o conflito hermenêutico contemporâneo é profícuo e deve manter-se com continuidade um campo de estudo e uma área problemática.<sup>59</sup>

Em contraponto, recorreremos ao ensinamento de Virgílio Afonso, segundo o qual os métodos interpretativos não podem ser conciliados, sincronizados e tal assertiva somente emperra a discussão sobre eles próprios. Consta que a ausência de aplicação prática desta mistura, sequer apresentada pela própria doutrina, é o demonstrativo desta afirmação.<sup>60</sup>

Podemos pensar, igualmente, que as normas poderiam ser feitas de forma a não estabelecer dúvidas ao seu intérprete. Mas, de pronto, se verifica sua impossibilidade: ainda que um código seja feito pelos elaboradores mais hábeis, rapidamente surgirão dificuldades na aplicação dos dispositivos, porquanto não é possível que algumas séries de normas, mesmo que bem elaboradas, reflitam todas as faces possíveis da realidade. Apresentando-se, nesse sentido, inútil este pensamento reducionista.

Remontamo-nos, portanto, à complexidade da indagação anterior de qual método interpretativo professar.

Em se considerando a implicação intrínseca e indissociável dos elementos subjetivos contidos no intelecto humano quando da interpretação de um objeto, esta consideração ainda que afete a neutralidade da interpretação científica, não torna as duas teorias iguais em carga axiológica, pois a interpretação-arte estimula outros empregos do subjetivismo da compreensão: as experiências de vida do julgador, seus valores adquiridos para compreender e interpretar a norma.

---

<sup>59</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 76-77.

<sup>60</sup> SILVA, Virgílio Afonso. (org) **Interpretação Constitucional**, apud SILVA, V.F (org) et al. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. 1ª ed, 2ª tir. São Paulo:Malheiros, 2008, p. 137.

Sinteticamente, neste ponto, nossa opção se baseia na escolha da necessidade ou não de se limitar o papel do intérprete e suas decorrências. Assim, tratamos este aspecto sobre o enfoque de duas grandes correntes – o positivismo e o moralismo. Considerando que a primeira emprega a interpretação objetiva, neutra, limitando o seu papel, e que a segunda utiliza a interpretação axiologia, com participação integral do intérprete.

### **2.3. A interpretação positivista e a moralista: considerações**

Para o exame da interpretação do direito optamos por focalizar o estudo, de maneira especial, em relação à limitação, ou não, da função interpretativa do julgador, a partir de então é que construímos conclusões. Para tanto, passamos a avaliar as percepções do direito sob a ótica de suas duas grandes correntes: o moralismo e o positivismo.

Com isto, este capítulo pretende proporcionar os elementos básicos para a compreensão do princípio da proporcionalidade que discorreremos mais à frente, considerando que a visão destas correntes pode contribuir, em muito, para estabelecermos um raciocínio crítico do tema.

Para o moralismo a objetividade do positivismo jurídica sacrifica valores importantes para a sociedade como a justiça e a equidade.

A metodologia interpretativa do moralismo tem como característica introduzir elementos subjetivos e morais na interpretação. Esta é a tendência também da

jurisprudência dos tribunais constitucionais, que interpretam em relação à realidade social e de acordo com as conseqüências que podem advir das decisões.<sup>61 62</sup>

Friedrich Muller, em sua técnica formal de resolução de casos, a denominada “Metódica Jurídica” tem por idéia fundamental a de que não há mera identificação da norma jurídica com o texto da lei, da constituição, mas sim com um resultado que se obtém a partir dos textos com as tensões sociais, teoria de interdisciplinaridade do direito.

A metódica jurídica da sua “Teoria da Práxis” abrange as questões tradicionais e as contemporâneas, uma teoria integradora.

Os ‘cânones’ da tradição – como a interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética, mais a analogia, a teleologia e outras – devem ser reconstruídos, assim como todos os outros conceitos metodológicos novos devem ser seriamente debatidos (como a teoria do direito livre, os conceitos sociologizantes, decisionistas, hermenêuticos, etc).<sup>63</sup>

O slogan das últimas décadas tem sido “tomar a sério a moral”<sup>64</sup>, ou ainda, “moralização da ciência jurídica”<sup>65</sup>. A meta principal é criticar o positivismo, afirmando que se trata de uma doutrina velha, fracassada.

Nada obstante, o positivismo as refuta diretamente. Afirma que não há originalidade nestas opiniões, que se repetem por várias escolas jurídicas: o jusnaturalismo, direito vivo. E, que se “contrapõe ao programa político de construção

---

<sup>61</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 12.

<sup>62</sup> O Texto Magno apresenta-se como instrumento político e jurídico de ordenação e fundação social. Cf. FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A Interpretação Constitucional como ‘concretização’ ou método hermenêutico concretizante. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais 12 (46), jan – mar 2004, p. 119.

<sup>63</sup> LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (UNIFOR); BERCOVICI, Gilberto (USP). Entrevista com Friedrich Muller. **Revista Jurídica**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/ProduçãoIntelectual/Martonio\\_EntrevistaFrederichMuller](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/ProduçãoIntelectual/Martonio_EntrevistaFrederichMuller). Acesso em 01 dez 2006, p.1-3.

<sup>64</sup> STRASSBERG, M. **Talking about seriously: beyond positivist jurisprudence in legal ethics**, *Iowa Law Journal*, 1995, p.901, apud DIMOULIS, op.cit, p 12

<sup>65</sup> DREIER, Ralf. **Recht, Moral, Ideologie**. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1981, p.115, apud DIMOULIS, op cit, p 12.

de um sistema jurídico estatal, segundo os princípios do rigor lógico e da previsibilidade das decisões”.<sup>66</sup>

Para Dimoulis, o que se modificou foi o referencial político do justo e da justiça, que se transferiu de Deus e da natureza, para a consideração de valores morais, da democracia, do diálogo racional.

Ao positivismo interessa o que está evidente, o óbvio, com “uma postura distanciada e descritiva” do direito, “um ideal de neutralidade”, uma normatividade que não aceita posições moralistas e interpretações políticas, doutrina por muitos considerada como insuficiente, principalmente por não considerar a realidade social.<sup>67</sup>

Na opinião de Bonavides, uma das críticas feita ao positivismo é o vazio de sentido e conteúdo na sua composição material, tornando-se incapaz de descobrir a contemporaneidade da Constituição, trazendo um grave desequilíbrio da Constituição formal e a real.<sup>68</sup>

Por sua vez, segundo Bobbio, o moralismo quer atingir a combinação perfeita da segurança jurídica e da justiça, mediante a subsunção – aplicação do fato à norma quando forem de conteúdo não axiológico. Busca, igualmente, a essência do direito nos valores, nos ideais; reconhece o poder e a força da norma, mas é necessário distingui-las, considerando que não serão jurídicas todas as regras, somente aquelas inspiradas em determinados valores. Geralmente, o valor maior é dado àquela que se inspira na justiça.<sup>69</sup>

O positivismo objeta o moralismo face as distintas opiniões para os termos justo e justiça, uma vez que não existe uma exata compreensão, sequer entre os

---

<sup>66</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 12.

<sup>67</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 272-273.

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 135-136.

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Alves. Bauru: Edipro, 2ª ed. rev., 2003, p. 150.

seus defensores, do que seja uma norma justa. Do mesmo modo, tem-se indefinido o conceito de igualdade, porque sempre permeia a dúvida de quem ou para quem essa igualdade deva ser aplicada.

Quanto à crítica de que o positivismo estabelece um ordenamento rígido, pois para sua transformação é cogente que a população se organize e exerça pressão sobre os detentores do poder. O positivismo refuta esta qualificação de rígido, pois considera que o referencial de maleabilidade do moralismo, como elemento de justiça ou injustiça é, na verdade, um termo utilizado para travestir preferências e interesses pessoais.<sup>70</sup>

Ademais, considera esta sua postura como de reconhecimento que o direito é determinado por interesses sociais, que estão diretamente ligados às constantes mudanças sociais.

A corrente divergente atribui ao positivismo a legitimidade conferida aos regimes ditatoriais como o nazismo e o fascismo, ante a ausência de valoração da norma para sua aplicação.

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.<sup>71</sup>

Contudo, igual ilação fazem os positivistas à corrente axiológica, pois a criação do direito segundo critérios subjetivos do intérprete, já justificou intervenções armadas e guerras, como a dos países da Organização do Tratado do Atlântico

---

<sup>70</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 128. Exemplificando um empresário que considera que paga impostos excessivos.

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2002, p.290.

Norte – OTAN sobre a antiga Iugoslávia e o Afeganistão e também justifica a dos Estados Unidos sobre o Iraque.<sup>72</sup>

No esteio deste raciocínio, observamos que as duas correntes se centram na possibilidade ou não do julgador aplicar um conteúdo subjetivo para além da permissão legal. E indagamos:

- se considerarmos o julgador aquele que possui o poder de criar o direito segundo seus valores, sua responsabilidade social, ou seja, de acordo com critérios subjetivos, sem elementos objetivos para a formação de sua decisão, não estaríamos também em uma ditadura?

- seria a ditadura, do Poder Judiciário?

- não se considera importante, então, a participação popular e a democracia direta na criação do direito ao interpretá-lo?

Com base na nossa interpretação, todas as respostas são afirmativas, pois trazem à tona que, de fato, não existe uma convalidação de regimes humanitários pelo direito.

Em contrapartida compreendemos a responsabilidade que se impõe sobre o julgador.

Afinal, o julgador recebeu da constituição a tarefa de executar a lei em vigor, não podendo deixar de cumpri-la com alegações de cunho subjetivo, como uma suposta exigência da justiça; na execução deste dever, não está autorizado a deixar de aplicar certas normas ou de corrigi-las.<sup>73</sup>

O positivismo não determina a obediência ao direito positivo, esta fica a critério de cada destinatário que assim avaliará segundo as suas crenças e interesses. Desta forma, é absolutamente diferente a validade formal do direito, que

---

<sup>72</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 107.

<sup>73</sup> Ibid., p. 127

depende apenas que seja proveniente da autoridade competente e o eventual dever moral ou político de obedecê-lo ou não<sup>74</sup>

Portanto, não impede que se demonstre o inconformismo com o direito “como ele é”. A passividade e a não resistência em uma ditadura é fruto do medo, pela não opção da guerrilha, do exílio. Não podemos atribuir o conformismo ao positivismo jurídico, da mesma forma que não podemos afirmar que os partidários do moralismo combateriam-na em nome de sua teoria do direito.<sup>75</sup>

Neste sentido, entendemos que o espírito crítico que permeia a teoria moralista deve permanecer; o positivismo não obstaculiza a demonstração de nosso inconformismo com o direito “como ele é”, contudo este inconformismo não interfere em sua interpretação e aplicação.

Na concepção de Dimoulis, o positivismo não impede que se faça a avaliação moral, a crítica política ao direito, a pesquisa sociológica das causas, efeitos e eficácia. No entanto, isto:

... não interessa para o intérprete que não faz história das origens do direito, nem sociologia da sua aplicação. A meta do Constituinte é a de fixar os interesses e as reivindicações sociais fluídas num sistema rígido e fechado.<sup>76</sup>

## 2.4. Tecendo considerações sobre a metodologia do positivismo

Pode-se verificar três benefícios cognitivos em favor do positivismo em contraponto às concepção moralistas. “Ele garante a segurança jurídica, elabora um

---

<sup>74</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 268-269.

<sup>75</sup> Ibid, p. 269-270.

<sup>76</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 20.

conceito apropriado de verdade jurídica e consegue exprimir a objetividade na interpretação”.<sup>77</sup>

Vejam os três benefícios, segundo Dimoulis:

#### 2.4.1. Segurança jurídica

Trata-se da previsibilidade das decisões<sup>78</sup>, o que não se pode garantir em muitas das teorias com fundamentos jusnaturalistas.

Para Dimoulis, justifica-se a importância da segurança jurídica, não em razão de caráter político, no sentido que de que é justa a garantia da ordem e a paz social pelo ordenamento, mas porque a Constituição é um documento escrito e rígido, devendo ser respeitado de acordo com “o tipo da racionalidade e de organização social que ela exprime e impõe”.<sup>79</sup>

Ademais, a segurança jurídica é um ideal inatingível por três razões<sup>80</sup>:

- ainda que possível prever a consequência jurídica com total precisão (ex. multa de trânsito), não se garante que a sanção será imposta e executada, pois depende da eficácia social das normas;

- a densidade normativa nunca atinge o seu grau máximo, não sendo possível realizar previsões precisas sobre o que o direito prevê no caso de uma conduta determinada (ex. “O que prevê o direito, se eu tiver a conduta C”); e não “o que vai acontecer se eu tiver a conduta C”);

---

<sup>77</sup> Ibid, p. 19.

<sup>78</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 198.

<sup>79</sup> Ibid, p. 198.

<sup>80</sup> Ibid, p. 198-199.

- a “multiplicidade de métodos de interpretação desestabiliza qualquer previsão, e “não garante que a interpretação dada pelo destinatário será seguida pelas autoridades”.

O positivismo se funda sobre a “teoria externa da validade do direito”, pois os seus dispositivos emanam de uma “vontade externa que possui força política para impô-los”. Resultando, assim, uma “teoria interna da interpretação”, pois a interpretação “é justa quando corresponde às disposições em vigor”, colocada pelos órgãos competentes.<sup>81 82</sup>

Ou seja, se a validade está contida em uma força externa ao direito, então para que seja válida é imperioso que a interpretação e aplicação do direito a respeite, que ocorre pela teoria interna da interpretação.

#### **2.4.2. A convenção da verdade jurídica**

Para a formulação do conceito de verdade temos três teorias, segundo Dimoulis<sup>83</sup>: as absolutas, as relativas e as auto-referenciais.

Nas teorias absolutas verdade “é a correspondência entre o pensamento e as coisas”. Para as relativas “é o resultado de um acordo entre os participantes de um diálogo racional”. Para as teorias auto-referenciais “é a qualidade intrínseca de uma proposta como verdadeira”. “Se aceitarmos que o conteúdo de uma constituição é

---

<sup>81</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 20.

<sup>82</sup> A influência da moral sobre o direito traz a “correção externa e a correção interna do direito”. Na externa a validade da norma depende desta estar “de acordo com critérios morais” e, ainda, “o direito deve ter também uma mínima justificação moral”. Na correção interna, “as avaliações morais influenciam toda a interpretação jurídica”. DIMOULIS, op cit, 1999, p. 16-17.

<sup>83</sup> Ibid, p. 20.

por definição verdadeiro, então, teremos encontrado o objeto e a garantia da verdade”.

E o mesmo que mencionarmos não ser possível se ter uma resposta verdadeira para a pergunta: Qual é a religião verdadeira?.

Desta forma, “uma proposição interpretativa é verdadeira quando corresponde às disposições em vigor”<sup>84</sup>.

### 2.4.3. A objetividade da interpretação

Somente a convenção da verdade não basta para constituir a interpretação do direito; bastam duas interpretações divergentes, afirmando serem elas a vontade do legislador, para cair por terra o convencionado.

OPor essa razão, reconhecemos a incerteza na atribuição de significado e aplicabilidade das normas, que decorrem de características próprias da linguagem e aspectos filosóficos sobre a verdade.

Contudo, se tomamos por absoluto que “a norma sempre dirá aquilo que o intérprete dirá” estamos resumindo a interpretação como decisão autoritária do poder do intérprete<sup>85</sup> e, neste caso, jamais alcançamos a objetividade.

Para se ter objetividade na interpretação é preciso que possua regras que estabeleçam um limite para a atuação do intérprete.

Objetividade, para a hermenêutica constitucional, permite que se encontre a verdade lógica, isolada de qualquer subjetivismo ou valor, em bases científicas, segundo Bonavides.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Ibid, p. 20.

<sup>85</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 233.

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.133.

As regras clássicas de interpretação, na maioria dos casos, resolvem os problemas de interpretação. Para se reconhecer a objetividade da interpretação é preciso partir de duas premissas:

- o critério interno da verdade do direito, que se baseia na teoria interna da interpretação, que como vimos anteriormente, só é justa quando corresponde às disposições em vigor, àquelas postas em vigor pelos órgãos competentes;

- a superação dos obstáculos subjetivistas como: estruturas sociais, interesses, ideologias, avaliações morais de justo e adequado, os quais não podem fazer parte do objeto da interpretação e são excluídos da discussão, que tem como verdade o texto da lei. “Busca-se a vontade do constituinte tal como esta é objetivada e fixada em normas jurídicas. Nada mais”.<sup>87</sup>

A polêmica na atribuição de sentido às normas ou a dificuldade de argumentação, o que se dá pelas incertezas filosóficas sobre a verdade e problemas com a abstração do conteúdo da norma, “não impedem o emprego da verdade na comunicação cotidiana”; não ocorrem, por exemplo, na compreensão do manual que acompanha um eletrodoméstico, ou quando pedimos um pão francês e este nos é entregue, independentemente da linguagem regionalizada que tenhamos utilizado<sup>88</sup>.

Tendo a visão que as duas grandes correntes do direito seguem caminhos interpretativos antagônicos, adotamos, como pesquisadora, o entendimento esposado pelo positivismo. Contudo, dentro do positivismo, ainda optamos por uma linha interpretativa por entender que esta contempla os três benefícios cognitivos vistos anteriormente: a segurança jurídica, a convenção da verdade jurídica e a objetividade da interpretação.

---

<sup>87</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 23-24.

<sup>88</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 236-238.

## 2.5. Deferências sobre a norma constitucional

Para a norma constitucional, ante seu caráter amplo, as dificuldades de interpretação são mais presentes que em outras áreas do direito, cujas normas têm concretude maior; assim, a interpretação tem importância fundamental.<sup>89</sup>

A Constituição de 1988 é tida como um marco inicial para uma nova perspectiva histórica de efetividade e legalidade soberana da Lei Maior brasileira. Assim, reconhecemos que as normas constitucionais, não obstante a maior abertura de seus termos são sim, dotadas de imperatividade direta e imediata; deixaram de ser uma mera ordenação de programas de ação, uma Carta de intenções de cunho programático.

Ainda que reconhecida a relevância dos métodos clássicos de interpretação e a imperatividade da norma constitucional, a base do desenvolvimento da nova interpretação, estes, são considerados, muitas vezes, insuficientes, sendo necessária a interpretação criativa para aproximar valores como a ética, a justiça.<sup>90</sup>

Contudo, o positivismo não leva em conta estes elementos subjetivos, pois sendo o direito o mundo do dever ser, de criação do homem, fruto da vontade humana, uma vez criada a norma não há qualquer valor que supere a razão humana.

Consideramos a interpretação uma atividade cognitiva e não criativa; um processo de determinação do sentido das normas jurídicas, de captar o sentido de cada norma, com a finalidade de constatar a vontade de seu autor, tal como esta foi fixada em dispositivos jurídicos.

---

<sup>89</sup> MOTA, Leda P.; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 25.

<sup>90</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2002, p.290.

A atribuição de sentido a uma disposição jurídica deve ser realizada mediante a formulação de proposta, que corresponda ao sentido desta disposição, aplicando o direito progressivamente de um escalão superior para um escalão inferior. Esta relação entre os escalões da ordem jurídica é de determinação ou vinculação, ou seja, a norma superior determina o processo, o ato de execução da norma inferior e, também, pode determinar o conteúdo da norma.

Segundo Buechele, a norma, por ser comando expresso por meio de palavra, dá margem a mais de um sentido admissível para o seu texto, cabendo ao intérprete a capacidade de eleger um significado dentre os demais, e que seja compatível com o caso em concreto a ser regulado<sup>91</sup>.

As tendências de simpatia ou antipatia, profissão, classe social, religião, idéias políticas, podem contaminar o intérprete, talvez sem que o perceba, e viciar o seu trabalho.

Contudo, para Maximiliano, para o pensamento científico a ausência de paixões é um pré-requisito.<sup>92</sup>

Por essa razão Dimoulis esclarece que deve o intérprete, acima de tudo, desconfiar de si, pesar bem as razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é verdadeira justiça, ou se são idéias preconcebidas que o inclinam naquele sentido.<sup>93</sup>

Ressalta Maximiliano que é preciso evitar o apego à letra dos dispositivos, e também de “forçar a exegese” e, desta forma, se encaixar na letra escrita a fantasia do hermeneuta, seus preconceitos, suas teses, suas paixões.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> BUCHELE, Paulo A. T. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20.

<sup>92</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 103-104.

<sup>93</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 104-105.

<sup>94</sup> MAXIMILIANO, op cit, 1999, p. 103.

Ainda assim, a determinação do conteúdo da norma nunca é completa, há uma área nebulosa, indeterminada, cabendo ao intérprete aplicador a sua concretização. Devemos respeitar os limites do quadro, da moldura formada pela norma, para não exceder sua competência de interpretação e concretização.

Necessitamos sim, constatar a obscuridade da norma e, após, buscar sua interpretação no espaço de sua clareza.

“A interpretação não se efetua no espaço da obscuridade, da polissemia, da dúvida e da indecisão, sobre o conteúdo normativo: *in obscuris non fit interpretatio*, conforme se posiciona Mazzaresse”.<sup>95</sup>

Na clareza da norma cabe ao julgador apenas interpretar nos termos apresentados acima – isento de subjetivismos, buscando o significado do texto. Vencida esta primeira etapa, já se tem delimitada a clareza e por oposição tem-se definida, se houver, a parte obscura da norma. Nesta obscuridade é que se tem a interpretação volitiva do intérprete, que se limita pelas demais normas do ordenamento, não mais pelo próprio dispositivo em interpretação.

No espaço de clareza da vontade do legislador ocorrem as proposições interpretativas; na obscuridade normativa há a concretização volitiva da norma, ou seja, a criação de uma norma no sentido estrito. Este espaço volitivo do intérprete – de criação, é delimitado não pela norma em interpretação, mas por normas gerais e anteriores.<sup>96</sup>

Na teoria da interpretação de Kelsen - à “moldura” limitativa fundamenta-se no fato de que “a autoridade competente pode decidir conforme seu livre-arbítrio, indicando ela mesma os limites de uma competência”, quem traceja os limites da

---

<sup>95</sup> MAZZARESE, 2000, p. 619, apud DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 253.

<sup>96</sup> DIMOULIS, op cit, 2006, p.253.

aplicação da norma é o aplicador. Trata-se de uma determinação auto-referencial de competência; a autoridade pode definir sua própria competência.<sup>97</sup>

Considerando que Kelsen não estabelece regras sobre as formas de se estabelecer os limites da exegese, “a metáfora da moldura perde seu sentido se afirmarmos que pode ser traçada livremente (auto-referencialmente) pela autoridade competente”, ou seja, a moldura existe, mas não vincula efetivamente o aplicador; portanto, é o mesmo que não existir.<sup>98</sup>

Se os meios de atribuição de sentido interpretativo não são seguidos, “a interpretação persegue finalidades abusivas, atribuindo caráter jurídico a fatores extrajurídicos (moral, razão, direito natural, oportunidade política etc.)”, ultrapassando sua competência de aplicador do direito.<sup>99</sup>

Na interpretação, o fundamental é que o intérprete esteja vinculado à pretensão normativa-impositiva da norma. E uma teoria da interpretação deve estabelecer métodos e argumentos previamente determinados para justificar sua proposta interpretativa. Esses métodos e argumentos são os meios de atribuição de sentido interpretativo.

Uma concepção aberta da interpretação anula a obrigatoriedade das normas jurídicas e não permite distinguir entre um ordenamento jurídico de uma ordem política e moral que não possui regras precisas.<sup>100</sup>

Concluimos, preliminarmente, que a polissemia e abstração da linguagem, notadamente a constitucional, trazem incertezas na aplicação da norma. A interpretação da norma pode ser, em linhas gerais, de forma criativa ou cognitiva. Tem-se, a partir destas as etapas das teorias interpretativas, cuja análise fazemos a

---

<sup>97</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p.215.

<sup>98</sup> Ibid., p.215.

<sup>99</sup> Ibid., p.229.

<sup>100</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p. 15.

seguir, especialmente sob a ótica da possibilidade de assegurarem segurança e objetividade jurídica.

## 2.6. Etapas da teoria interpretativa

Considerando a necessidade de uma teoria interpretativa para a concretização da norma, apresentamos, no presente tópico, as etapas da teoria interpretativa positivista, desenvolvida por Dimoulis<sup>101</sup>, denominada “pragmatismo jurídico-político”, seguindo a interpretação do tipo cognitivo-objetivo<sup>102</sup>, a fim de se encontrar a objetividade e a verdade no âmbito da interpretação.

Nesta teoria há “espaço de interpretação (cognitiva) e espaço de concretização (volitiva)”.<sup>103</sup>

A teoria interpretativa “pragmatismo jurídico-político” é uma posição intermediária entre o formalismo interpretativo (cognitivismo), para qual é “possível resolver qualquer problema de aplicação do direito mediante interpretação”; “seu objetivo é extrair do texto a única vontade do legislador, minimizando o papel ativo volitivo do aplicador” e o antiformalismo interpretativo (ceticismo), que nega a possibilidade de interpretação cognitiva; afirma que o aplicador tem “papel criativo, mediante atos de vontade”.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Argumentação e bibliografia cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 231-238.

<sup>102</sup> Ibid., p. 238. *in verbis*: “A interpretação do tipo cognitivo-objetivo procura constatar o conteúdo do direito em vigor em relação a determinado caso”.

<sup>103</sup> Ibid., p. 253.

<sup>104</sup> Ibid., p. 254.

Dimoulis, adotando a interpretação normativa que denomina “pragmatismo jurídico-político”<sup>105</sup>, leciona que a aplicação do direito deve seguir a “determinação primária e a determinação secundária”.

A determinação primária consiste nas disposições jurídicas em vigor e nos fatos reais que elas consideram decisivos. A determinação secundária se exprime pelos fatores políticos, morais e pessoais. O aplicador deve seguir a determinação primária e as influências secundárias se avaliam de acordo com sua conformidade com a determinação primária.<sup>106</sup>

Assim, dentre os elementos que influenciam na interpretação, as de decisão efetiva são as disposições jurídicas em vigor; enquanto as demais – os fatores culturais, experiências, a mentalidade do aplicador, a discricionariedade política e a moral – são as determinações secundárias que somente podem influenciar na medida do permitido pela disposição em vigor. Esta última é a acima apontada como parte obscura da norma.

Nesse sentido, entendemos que são estabelecidas as duas etapas nesta interpretação jurídica: a “reconstrução das propostas interpretativas” e a “interpretação sistemática”:<sup>107</sup>

Assim, apresentamos estas duas etapas, mais detalhadamente, como segue.

### **2.6.1. Reconstrução das propostas interpretativas**

A Reconstrução das Propostas Interpretativas é a primeira etapa da teoria interpretativa e tem o objetivo de identificar e reconstruir as propostas interpretativas já formuladas em relação ao problema que se examina. Trata-se das interpretações

---

<sup>105</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p.219.

<sup>106</sup> Ibid, p.229.

<sup>107</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p.238-255.

adotadas pelas autoridades competentes, doutrinadores e por aquela que prevalece na jurisprudência – jurisprudência dominante ou entendimento pacífico – seguidas de seus fundamentos argumentativos, a fim de se entender as razões da decisão e as razões de uma outra diferente. Ou seja, esta reconstrução significa a discussão crítica dos fundamentos das interpretações dadas.

Para esta etapa Dimoulis pergunta:

“O que deve (pode ou não pode) fazer D no caso CA de acordo com aquilo que a jurisprudência e a doutrina afirmam ser o direito em vigor?”<sup>108</sup>

Em outro dizer, a pergunta sugere que pela resposta se saiba quais são as alternativas apresentadas ao indivíduo “D”; o que ele pode ou não pode fazer; o que lhe é permitido ou proibido. Estas, apresentadas pelos julgados do poder judiciário e pela doutrina, ante suas interpretações do que afirmam ser o direito em vigor, com relação a uma determinada situação “CA”.

### **2.6.2. Interpretação sistemática**

A segunda etapa consiste na interpretação sistemática das normas que regulamentam o caso em análise. Seu objetivo é avaliar criticamente a doutrina e a jurisprudência, compiladas na primeira etapa, que é a de Reconstrução das Propostas Interpretativas.

Todos estes dispositivos esparsos devem ser interpretados valendo-se de meios que os harmonizem num todo.

A atividade da interpretação não se conclui na descrição de normas de competência, nem na indexação de interpretações anteriores, ou comumente acolhidas, pois as normas jurídicas são cronologicamente anteriores e

---

<sup>108</sup> Ibid., p. 239-240.

axiologicamente superiores, “e podem ser utilizadas para fins de avaliação crítica das decisões tomadas”.<sup>109</sup>

A pergunta proposta nesta etapa é:

“O que deve (pode, não pode) fazer D no caso CA de acordo com aquilo que o direito em vigor diz em relação àquilo que a jurisprudência e a doutrina afirmam ser o direito em vigor?”<sup>110</sup>

Ou seja, esta pergunta sugere que se avalie criticamente as respostas dadas pela doutrina e jurisprudência no que afirmam ser o direito em vigor para o indivíduo “D”; que se avalie o que é fundamento permissivo ou proibitivo, daquilo que “D” pode ou não fazer no caso “CA”, utilizando como instrumento de análise o direito em vigor.

Assim, com a reconstrução das propostas interpretativas, descrição do entendimento dominante ou pacífico, é possível alcançar sua motivação, e com a interpretação sistemática podemos analisá-las utilizando o direito em vigor, apontando quais as possibilidades e argumentos que podem modificá-lo.

Dentro da Interpretação Sistemática apresentamos os métodos que a compõem.

#### **2.6.2.1. Método da interpretação sistemática**

A etapa da interpretação sistemática faz uso do método clássico de interpretação gramatical e sistemática (sistêmica).

Quanto às demais etapas do método clássico – lógico e teleológico – o elemento lógico, na doutrina posterior a Savigny, foi absorvido pelos métodos gramatical e sistemático, e o método teleológico “na perspectiva juspositivista é

---

<sup>109</sup> Ibid., p. 240.

<sup>110</sup> Ibid., p. 241

preciso rejeitar”, pois adultera “os conteúdos normativos fazendo referência a uma suposta e oculta vontade do legislador (teleologia subjetiva) ou a necessidade de modificação da norma em detrimento de seu conteúdo (teleologia objetiva)”.<sup>111</sup>

Desta forma, apresentamos os métodos clássicos de interpretação gramatical e sistemático, os quais estão inseridos na interpretação que se adota.

### **2.6.2.1.1. Interpretação Gramatical**

A interpretação gramatical, também dita literal, textual, filológica, verbal semântica, cuida de conferir significados aos enunciados lingüísticos. É o momento inicial da atividade interpretativa.

Maximiliano critica a “acepção literária” da palavra e alerta que a utilização do vocábulo em seu sentido técnico é sempre útil, por vezes indispensável, sendo que para este autor sua utilização é preliminar da hermenêutica. Trata-se de “um pressuposto da aplicação geral do direito; precede a interpretação”<sup>112</sup>.

Para Barroso, na linguagem constitucional as palavras empregadas devem ser entendidas em seu sentido geral e comum e, usualmente, não apresentam uma linguagem uniforme e técnica muito rigorosa<sup>113</sup>.

Contudo, para Quintana, isto pode ocorrer, a menos que seu texto evidencie que o constituinte quis referir-se ao seu sentido técnico-jurídico<sup>114</sup>.

Isto é fruto da democratização do processo constituinte, gerada com amplo processo dialético de discussão, composição e participação política.

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 244.

<sup>112</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 41.

<sup>113</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120-121.

<sup>114</sup> QUINTANA, Linares. Reglas para la interpretación constitucional, Bueno Aires: Plus Ultra, 1987, p. 121, apud BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Os termos técnicos aceitam definições que acompanham a ciência a que se ligam, e um “vocábulo clássico e preciso” deve ter sua significação “variável com a marcha evolutiva do direito, e isto pode significar o emprego geral e comum da linguagem.

Como mencionamos, uma característica da norma constitucional, segundo Barroso, é a sua maior abertura, menor densidade, portanto mais vaga, com emprego de termos polissêmicos. Esta propriedade da norma amplia a discricionariedade do intérprete e “na interpretação constitucional, em particular, jamais será possível obter racionalidade e objetividade plenas”.<sup>115</sup>

Segundo Bastos<sup>116</sup>,

...não se pode querer reproduzir os meandros da mente do legislador, mesmo porque nos regimes democráticos, são muitos os legisladores, quase sempre reunidos em colegiados em que são apresentadas inúmeras modificações aos projetos originários.

E conclui: “Tal constatação torna este enunciado uma meta praticamente inatingível”.

Dimoulis refuta este posicionamento e afirma que a interpretação jurídica deve admitir a ficção que o legislador tem uma única e coerente vontade, ou seja, racional.<sup>117</sup>

A linguagem que atribui a abertura na interpretação da norma e amplia margem decisória do aplicador, também figura como limite máximo de sua atividade criadora.

---

<sup>115</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 121-122.

<sup>116</sup> BASTOS, Celso R. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1997, p.119.

<sup>117</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 162. Neste sentido, MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 111, “presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação imediata e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido”.

As palavras têm limites mínimos que devem ser respeitados, (...). É a interpretação literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas.<sup>118</sup>

Na concepção de Dimoulis, o método gramatical é o início da interpretação e “o resultado da aplicação de outros métodos de interpretação deve ser sempre comparado com o significado literal das palavras” e se o resultado da interpretação contrariar o significado literal da palavra, deve ser rejeitado.<sup>119</sup>

#### 2.6.2.1.2. Interpretação sistêmica

O método sistêmico é um dos mais importantes na interpretação, pois “objetiva integrar e harmonizar as normas jurídicas considerando-as como um conjunto”.<sup>120</sup>

A norma é parte integrante de um ordenamento jurídico e deve ser analisada neste contexto, “levando em consideração as relações lógicas e hierárquicas entre as várias normas”.<sup>121</sup>

Conforme leciona Dimoulis, “a interpretação sistemática – aqui denominada sistêmica – se dá mediante a conexão intertextual dos dispositivos legais<sup>122</sup>, que permitem também “solucionar dúvidas de interpretação”.<sup>123</sup>

A composição de diversos órgãos, com autonomia de funções, não resulta em separação, pois os movimentos operam coordenados. Assim, para compreender um método há que se conhecer o outro, comparar e verificar sua interdependência,

---

<sup>118</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 121-122.

<sup>119</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 161.

<sup>120</sup> Ibid., p. 161.

<sup>121</sup> Ibid., p. 161-162.

<sup>122</sup> LEITE, George Salomão. **Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 32.

<sup>123</sup> DIMOULIS, op. cit., p. 162.

ainda que pareça não existir. Trata-se, para Maximiliano, da “lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes”, pois cada preceito é parte de um grande todo, e o exame em conjunto clarifica o caso em análise.<sup>124</sup>

Para a harmonização dos dispositivos legais há que se aplicar as relações hierárquicas entre as normas, métodos de integração de lacunas e, principalmente, as quatro regras clássicas de interpretação, geralmente atribuídas a Savigny<sup>125</sup>, com as modificações realizadas pela doutrina: absorção do elemento lógico pelos métodos gramatical e sistemático<sup>126</sup>

Os autores filiados aos métodos clássicos de interpretação fazem parte de uma minoria, no entanto, para Dimoulis, “os métodos tradicionais permitem alcançar resultados satisfatórios na maioria dos casos”. Além disso,

...por mais polissêmicas, pouco precisas e em contínua mutação de significados, as linguagens naturais, utilizadas pelos legisladores, constituem o melhor instrumento de comunicação elaborado pela humanidade, de sorte que não se justifica o pessimismo em relação às possibilidades de entendimento<sup>127</sup>.

Para ilustrar e firmar o entendimento de que é possível alcançar a verdade e a objetividade através da interpretação da comunicação, nos remetemos ao tópico da objetividade jurídica com o exemplo do pão francês, citado por Dimoulis.

Nos casos em que o aplicador não encontrar nas normas uma solução concreta, “não temos um vazio normativo”, temos sim uma “autorização legislativa para o exercício do poder discricionário do aplicador”.

---

<sup>124</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 128.

<sup>125</sup> “As quatro regras clássicas são anteriores a Savigny, ainda que de forma menos elaborada, em autores que escrevem desde a segunda metade do século XVII”. SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*. München: Beck, 2001, apud DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Método. São Paulo 2006, p.241, nota 85.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 243.

O autor esclarece que, “o direito é sempre posto, existe e deve ser aplicado. A diferença está na amplitude da margem decisória que foi concedida ao aplicador em razão da formulação da norma aplicável”.<sup>128</sup>

Para os textos normativos de “baixa densidade”, ou seja, para as normas em que há um grande número de interpretações divergentes, como ocorre com os princípios e as normas programáticas<sup>129</sup>, tem-se que a indeterminação da norma não pode ser superada pela interpretação cognitiva, “é a vontade do criador que decide não decidir” é a “vontade negativa”, ficando ao encargo do intérprete, dos órgãos competentes ou dos cidadãos<sup>130</sup>.

Cumprido esclarecer que, na concepção de Dimoulis, densidade normativa é a nomenclatura dada aos textos normativos que apresentam generalidade e abstração, adotando-se para a classificação da norma um critério quantitativo, a saber: “quanto maior o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a um texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice - versa)”<sup>131</sup>.

Assim, diante da baixa densidade normativa, o intérprete deve delimitar o espaço da concretização volitiva, bem como o espaço da interpretação cognitiva. Nesta etapa, é importante a autolimitação do intérprete, que deve se ater ao texto, e estabelecer o limite a partir do qual a interpretação não é mais possível.

Devem ser aplicados os métodos de interpretação gramatical e sistemática para constatar, de forma objetiva, a vontade legislativa incorporada nas normas vigentes, mantendo a tese da possibilidade e necessidade de uma interpretação cognitiva.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Ibid., p. 247.

<sup>129</sup> Ibid., p. 248-250.

<sup>130</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p.24.

<sup>131</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Método. São Paulo 2006, p.248.

<sup>132</sup> Ibid., p. 255.

Dimoulis elucida que a razão desta opção metodológica “de fidelidade não axiológica”, expressa pelo pragmatismo jurídico-político, é estritamente normativa, ou seja, “decorre da própria pretensão e estrutura do direito, independentemente dos méritos e do grau de legitimidade de cada legislador e, em particular, não autorizando o aplicador a examinar esse mérito e legitimidade antes de aplicar as normas postas.”<sup>133</sup>

Vemos que o intérprete pratica verdadeira arte, guiada cientificamente, contudo, jamais substituída pela ciência, pois esta cria as regras, as diretrizes, metodiza as lucubrações sem dispensar o coeficiente pessoal, o subjetivismo do exegeta, quando autorizado pela norma.

## 2.7. Sujeitos intérpretes e ou aplicadores

O intérprete ou aplicador (utilizando-se o termo aplicador *latu sensu*) do direito não é apenas o julgador, o juiz, o árbitro. O é, também, a ciência jurídica, os órgãos jurídicos, administrativos, internacional ou nacional, bem como os indivíduos.

Afirma Kelsen, que os indivíduos devem observar o direito, pois observando ou praticando a conduta, compreendem e, conseqüentemente, determinam o sentido das normas<sup>134</sup>.

Na sociedade aberta dos intérpretes, Häberle considera a interpretação um processo aberto; tida por autêntica a interpretação realizada por aquele que não possui competência jurídica para fazê-la também<sup>135</sup>.

Para Kelsen, a interpretação autêntica é sempre produzida por um órgão aplicador do direito, é aquela que cria o direito, como uma lei, um tratado

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 255.

<sup>134</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado, 6ª ed. 5ª tir. São Paulo: Martin Fontes, 2003, p. 387.

<sup>135</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

internacional, e tem caráter geral, ou, ainda a norma individual; as demais interpretações, são não autênticas e feitas pela ciência jurídica e demais pessoas.<sup>136</sup>

Neste raciocínio, é considerada não autêntica a interpretação que advém de quem não possui competência jurídica, tendo em vista que o órgão aplicador pode atribuir à norma um significado totalmente diverso dos apresentados pelos intérpretes da sociedade aberta, até mesmo o absolutamente rechaçado.

Um posicionamento intermediário concebe a interpretação da Constituição como a ponte que liga o cidadão-intérprete, ao jurista-hermeneuta profissional, considerando-se, também, de extrema importância a interpretação acadêmica e científica.

Se faz juridicamente relevante a interpretação viva do cidadão em face daquela que empreende, por vias cognitivas e racionais, o jurista habilitado; a primeira impessoal, a segunda, exercida consciente e pessoalmente.<sup>137</sup>

A interpretação ocorre, igualmente, no domínio acadêmico e na pesquisa científica, fora do contexto de aplicação<sup>138</sup>.

Na afirmação de Dimoulis, o pragmatismo jurídico, seguindo sua linha mestra de não interferência de outras áreas na interpretação do direito, considera que o intérprete ideal não é o tecnocrata ou aquele totalmente desligado das questões políticas, o apolítico, mas sim aquele que tem um conhecimento significativo da política e descreve o direito em vigor, sem que predomine as suas visões políticas.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado, 6ª ed. 5ª tir. São Paulo: Martin Fontes, 2003, p. 394. Neste sentido Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr.** 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56-57.

<sup>137</sup> BONAVIDES, Paulo. O Método Concretista da Constituição Aberta. **Jornal O Estado de São Paulo**. Suplemento Cultural, Ano 2005, nº 206.

<sup>138</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Método. São Paulo 2006, p.224.

<sup>139</sup> Ibid., p. 224.

O conhecimento do contexto histórico e político é fundamental, porque a partir dele dá-se o “sentido às disposições legais” e se estabelece um requisito cognitivo para a interpretação, que não a influencia de forma direta, mas que descreve o direito em vigor.<sup>140</sup>

Dimoulis, neste caso, se refere aos métodos de interpretação constitucional.

Não obstante a importância do debate sobre a abertura na sociedade de intérpretes, cada qual persegue interesses diversos.

Os advogados e o Ministério Público quando parte, por exemplo, esquadrinham e defendem os interesses da sua causa, sem preocupação com a objetividade interpretativa. O julgador, no entanto, possui dentre os seus deveres funcionais, o de decidir com imparcialidade, livre das conveniências.<sup>141</sup>

Na opinião de Nery Junior, o juiz deve decidir com base nas razões de fato e de direito. A fundamentação atinge vários aspectos, como a necessidade do exercício da lógica do juiz, até a exigência da sua imparcialidade<sup>142</sup>.

Esta independência se infere do princípio do livre convencimento motivado, disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Assim, para o presente estudo, que tem como objeto a interpretação objetiva, válida e verdadeira, seguimos o ponto de vista de quem almeja encontrá-la.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999, p.26.

<sup>141</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Método. São Paulo 2006, p.239.

<sup>142</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8 ed. rev., ampl., atual. Com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, Capítulo I, Item 4, subitem 4.17, p. 217.

<sup>143</sup> DIMOULIS, op cit, 2006, p. 239.

### CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O conceito lingüístico de proporcionalidade, de tornar proporcional<sup>144</sup> se coaduna perfeitamente com o conceito jurídico de democracia, de participação popular, como vemos na legislação eleitoral, quando esta estabelece a cota mínima de gênero para as eleições proporcionais<sup>145</sup>, a fixação da regra matemática do coeficiente eleitoral<sup>146</sup>, que estabelece o número de cadeiras de cada partido político concorrente; e como constatamos na legislação civil, a exemplo temos que na fixação da obrigação alimentar deve ser respeitada a proporcionalidade no binômio necessidade (do filho) e possibilidade (do pai).<sup>147</sup>

Dentro da interpretação jurídica, notadamente na interpretação sistemática, de conexão intertextual dos dispositivos legais, pode haver conflitos de normas jurídicas.

Em caso de uma colisão de princípios constitucionais implica realizar uma relação de precedência condicionada, descrevendo a estrutura lógica de solução, bem como indicar a fundamentação.

Confirma Dimoulis, que não se trata de moderação, de bom senso ou de equilíbrio, mas tão somente como um instrumento juridicamente configurado e delimitado para analisar problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Observar a proporção entre; harmonizar; adaptar; acomodar. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Fronteira, 1995, p. 533.

<sup>145</sup> Art. 10, § 3º da **Lei no 9.504** de 30 de setembro de 1997.

<sup>146</sup> Art. 106, da **Lei no 4.737** de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, “Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um se superior”.

<sup>147</sup> Art. 1.694, §1º, **Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002 – Novo Código Civil. Assim também para o anterior – Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, arts. 399 e 400.

<sup>148</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Item 10, 2008, p.192.

Para a solução destes conflitos o melhor instrumento é o Princípio da Proporcionalidade, tema deste capítulo.

### **3.1. Questões terminológicas e outras diferenciações fundamentais**

#### **3.1.1 Regra ou princípio**

É preciso definir a terminologia para a proporcionalidade.

Conforme demonstramos no primeiro capítulo, tê-la como princípio ou regra pode desencadear aplicações diferentes e até mesmo controversas.

O termo princípio da proporcionalidade é bastante empregado no Brasil. No entanto, não há uniformidade terminológica na doutrina e jurisprudência, nem mesmo na doutrina estrangeira. A proporcionalidade é, por vezes, utilizada como sinônimo de razoabilidade, ou denominada como regra da proporcionalidade, dever da proporcionalidade.

Há doutrinadores, que não fazem distinção entre normas, regras e princípios, considerando impossível esta distinção<sup>149</sup>.

Não obstante a diferenciação do conceito de regra e princípio não seja nova na doutrina, existem critérios diferentes para fazê-lo, notadamente quanto à generalidade, clareza, valoração. A diferenciação teórica pode significar conseqüências diretas na aplicação da “proporcionalidade”.

Alexy define a proporcionalidade como “regra”; que expressa um “deve ser”, e cujo cumprimento é imperativo<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.62.

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª reimpr., Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997, p. 82.

Ávila, seguindo a linha de Alexy, utiliza o termo “dever de proporcionalidade” a fim de demonstrar que se trata de uma norma que deve ser cumprida imperativamente<sup>151</sup>.

Contudo, para Virgílio Afonso, esta “limita-se a contornar o problema e não o resolve”, pois ao usar o termo “dever”, há o significado de norma, e normas são regras ou princípios.<sup>152</sup>

Virgílio Afonso contemporiza a problemática terminológica, alegando que a prática jurídica no Brasil, quando se refere ao princípio da proporcionalidade, mostra a idéia de que o princípio quer atribuir a relevância de exigência, pois o termo princípio “é palavra de forte carga semântica”.

Um forte representante da doutrina constitucional no Brasil, José Afonso da Silva, entende que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”, pois implica em ofensa a todo o sistema de comandos; “representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”; “seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.<sup>153</sup>

Verificamos, portanto, que o conceito do termo princípio na doutrina pátria “não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Alexy”.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, n.215, 1999, especialmente p. 154-158 e 168-175,.

<sup>152</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.26.

<sup>153</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio apud CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 30.

<sup>154</sup> SILVA, op cit., 2002, p. 26.

### 3.2 Terminologia: proporcionalidade, razoabilidade ou proibição em excesso

Há autores que consideram a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimos, sendo “o princípio da proporcionalidade, (...) uma construção dogmática dos alemães, que corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”.<sup>155</sup>

O Supremo Tribunal Federal brasileiro e inúmeros trabalhos acadêmicos<sup>156</sup>, têm invocado, indistintamente, as variantes terminológicas, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, quando querem “expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente”.<sup>157</sup>

Virgílio Afonso afasta as similaridades apontadas entre a proporcionalidade, razoabilidade e a proibição de excesso, posição à qual nos filiamos.

Afirma o autor que quando se utiliza os termos proporcionalidade ou razoabilidade em sentido laico, estes podem ser empregados com o mesmo significado. No entanto, “quando se menciona um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos”, ou seja, expressam construções jurídicas diversas e, ainda que com

---

<sup>155</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

<sup>156</sup> SILVA, , Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.28.

<sup>157</sup> BARROS, op cit, 2000, p. 69. Neste sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 266-268; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.124; BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p.153.

objetivos semelhantes, “isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos”.<sup>158</sup>

A questão da sinonímia da proporcionalidade e a proibição de excesso também não se firma, pois ainda que a proporcionalidade,

...seja predominantemente entendida como instrumento contra ‘excesso’ dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão da sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a ‘omissão’ ou ‘ação insuficiente’ dos poderes estatais.<sup>159</sup>

### 3.3 Origem da proporcionalidade

Para Canotilho o princípio da proporcionalidade (porquanto o considera sinônimo de proibição de excesso) se referia, primitivamente, à questão da limitação do poder executivo, sendo considerado como “contrapeso” nas restrições administrativas da liberdade individual. Este princípio abrangia mais a revelação de sintomas de patologias administrativas – arbitrariedade, exorbitância de atos discricionários da administração – do que de um princípio material de controle das atividades dos poderes públicos. No Pós-Guerra, cidadãos e juristas comprometidos na radicação de um direito materialmente justo têm melhor percepção das potencialidades expansivas do princípio da proporcionalidade.<sup>160</sup>

Na Inglaterra, começam a confrontar-se os poderes com o sentido substantivo do *manifest unreasonableness*. Na França, sujeitam-se os atos administrativos ao controle apertado do *erreur manifeste d'appréciation* e manifesta-se pelo poder discricionário (*pouvoir*

---

<sup>158</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.28.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>160</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 266-268.

*discrétionnaire*) que se limita pelo controle do desvio de poder (*détournement du pouvoir*)<sup>161</sup>

Para Dilgeriam, a doutrina alemã ergue o princípio de proibição do excesso (*Übermassverbot*) ao princípio constitucional, e começa a controlar os atos do poder público sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade. Os juristas italianos procuram recortar os juízos de *manifesta illogicità*, de *congruità* e *ragionevolezza*.<sup>162</sup>

Ainda, de acordo com a autora, em Portugal, no século XVIII a teoria do estado o considera como máxima suprapositiva, sendo introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou princípio da proibição do excesso foi elevado a princípio constitucional.<sup>163</sup>

Para Barroso, vê-se comumente a atribuição da origem remota do princípio da razoabilidade na “Magna Carta de 1215”, e assim também para a proporcionalidade.<sup>164</sup>

Todavia, esta identificação histórica é por diversas vezes equivocada. Primeiramente porque ambos os conceitos – razoabilidade e proporcionalidade não se confundem.

Ademais, porque questiona se a razoabilidade teria mesmo sua origem naquele documento, pois na Inglaterra há o princípio da irrazoabilidade e da

<sup>161</sup> DILGERIAM, Mirian Gonçalves. Princípio Constitucional da Proporcionalidade e sua implicação no direito penal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12 (46) jan -mar 2004, p. 169.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>163</sup> A Constituição de Portugal introduz *in verbis* o princípio da proporcionalidade: “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” (art. 18, § 2). Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.267. ; DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais Conceitos Básicos. **Caderno Comunicações**. Caderno do Programa de pós-graduação em Direito da Piracicaba, Piracicaba, Unimep, ano 5, n. 2, jan. 2001, p.27 nota de rodapé.

<sup>164</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.198.

razoabilidade, e a origem concreta do princípio da irrazoabilidade se encontra na decisão judicial proferida em 1948, também conhecida como teste *Wednesbury*.

“A fórmula clássica da decisão de *Wednesbury*, se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a afaste, então pode a Corte intervir”. Assim, “o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige”, devendo simplesmente afastar atos absurdamente irrazoáveis.

Somente após o debate acerca da adoção do *Human Rights Act*, de 1998 na Inglaterra, é que a doutrina jurídica inglesa passou a se interessar na aplicação da proporcionalidade, antes quase desconhecida. E, recentemente, debate o papel da proporcionalidade ao lado da irrazoabilidade, ou ainda, se aquela deve substituir esta.<sup>165</sup>

Arremata Virgílio Afonso avaliando que para um ato ser considerado desproporcional, não é necessário que seja irrazoável ou absurdo.

Há decisões na Corte Europeia de Direitos Humanos expressamente neste sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade.<sup>166</sup>

Bastante freqüente também é a associação entre a proporcionalidade e a razoabilidade no repertório de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, buscando sua origem e fundamento na denominada cláusula do *substantive due process*.

No entanto, “a exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo

---

<sup>165</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.29.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 29.

legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”.<sup>167</sup> Ou seja, deve haver compatibilidade entre meio e fim, e a legitimidade do fim.

Portanto, verificamos que não há identidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade, pois a razoabilidade “corresponde apenas à primeira das sub-regras da proporcionalidade, isto é, somente à exigência da adequação. A proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade”, uma vez que não cessa seu exame na compatibilidade entre meios e fins, conforme apresentamos mais adiante.<sup>168</sup>

Nesse sentido, a proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade; não só pela diferenciação de sua origem, como também pela diferenciação de sua estrutura conceitual e de aplicação, sendo, portanto, equivocado buscar uma origem comum.<sup>169</sup>

Ressaltamos que o princípio da proporcionalidade surgiu no desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão no controle das leis restritivas de direitos fundamentais. E, não é uma simples pauta que, de modo indefinido, sugere razoabilidade aos atos estatais, tampouco uma superficial análise da relação meio-fim.

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma ‘estrutura’ racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da ‘adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito’ – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, ‘claramente’, da mera exigência de razoabilidade.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.31-32.

<sup>168</sup> Caso se siga a tese de que a regra da proporcionalidade deve ser dividida em quatro regras, em vez de apenas três, a análise da razoabilidade corresponde às duas dessas sub-regras.

<sup>169</sup> SILVA, op. cit., p 30-31.

<sup>170</sup> Ibid., p.30.

Afirma Torres que:

A Corte Constitucional da Alemanha abandonou a idéia de concretização do sistema hierárquico de valores para adotar a ponderação e a proporcionalidade segundo a igualdade formal entre os ditos valores, o que conduz à afirmação de princípios.<sup>171</sup>

Para Rezek Neto, o direito alemão, doutrina e jurisprudência, caracteriza-se por ser o que atribuiu maior importância à natureza constitucional do princípio da proporcionalidade.<sup>172</sup>

Contudo, segundo Barros:

A importância de todo o estudo do princípio da proporcionalidade na Alemanha deve-se ao fato de que aí ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do Direito Administrativo ao Direito Constitucional por obra do *Bundesverfassungsgericht*, o qual, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi cunhado paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões (...).<sup>173 174</sup>

### 3.4 Algumas definições

O princípio da proporcionalidade é o principal instrumento para avaliar se determinada intervenção no direito é admissível. Na doutrina constitucional, a limitação dos direitos tem limites, é a teoria dos “limites dos limites”<sup>175</sup>.

<sup>171</sup> TORRES, Ricardo L. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.420.

<sup>172</sup> REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p.19.

<sup>173</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.45.

<sup>174</sup> Bonavides destaca dois trabalhos publicados na Alemanha durante as décadas de 50 e 60, que se debruçaram sobre o princípio da proporcionalidade daquele país. Em 1955, a tese universitária de *Ruprecht Von Krauss – O princípio da proporcionalidade (Der Grundsatz er Verhältnismässigkeit)*. E, em 1961, o livro de autoria de Peter Lerche, intitulado *Excesso e Direito Constitucional, a Vinculação do Legislador aos Princípios da Proporcionalidade e Necessidade (Übermass und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers na die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit)*. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 373,

<sup>175</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg, Muller, 1999, p. 65. *apud* DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais Conceitos Básicos. **Caderno Comunicações**. Caderno do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba: UNIMEP, ano 5, n. 2, jan. 2001, p.27.

A proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais, estabelecendo esta restrição e prevalecimento de direitos fundamentais.

Bonavides descreve o princípio da proporcionalidade como aquele que se “caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”<sup>176</sup>. De acordo com Dimoulis, é reduzi-lo a instrumento de retórica do método teleológico objetivo, e a relação meio-fim será sempre demonstrável, mesmo nas piores ditaduras.<sup>177</sup>

Também torna a proporcionalidade como instrumento valorativo ao considerar que envolve a “utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito, na adequação entre meios e fins”,<sup>178</sup> porquanto estabelece critérios para o sopesamento de princípios conflitantes, e tem função interpretativa, enquanto contribui para a orientação do hermeneuta na busca da solução jurídica concreta.

Mendes leciona que a doutrina constitucional positivista enfatiza que na imposição de restrições a determinados direitos, deve-se questionar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada - a reserva legal, mas também sobre a compatibilidade das restrições com o princípio da proporcionalidade.<sup>179</sup>

Diante da teoria interpretativa apresentada nesta dissertação, não podemos permitir que o princípio da proporcionalidade se perca sob o aspecto geral de

---

<sup>176</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.357.

<sup>177</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Item 10, 2008, p.187.

<sup>178</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.70.

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório da IOB de jurisprudência**. São Paulo: IOB, nº 23, 1 ç 1/8175, 1994, p.475-479.

ponderação, abreviada sua aplicação para um formato de conteúdo vazio, acarretando insegurança jurídica.

Desta forma, entendemos que a proporcionalidade é um elemento que especifica o limite da competência constitucional atribuída aos órgãos estatais ao restringir a área de proteção de direitos fundamentais, ou seja, atrela o legislador aos direitos fundamentais, configurando o limite do seu poder limitador.<sup>180</sup>

Assim, a decisão política do legislador possui as limitações quanto à forma – formais, e também limitações de conteúdo – materiais, e somente tem autorização legal para privilegiar um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro, se “poupar o máximo possível o direito restringido”.<sup>181</sup>

### 3.5. Sede material do princípio da proporcionalidade no Brasil

Trata-se de abordagem bastante controversa na doutrina e jurisprudência brasileira, a abordagem acerca da fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade, notadamente porque não escrita.<sup>182</sup>

Na afirmação de Tavares, a maior divergência refere-se “ao seu caráter autônomo ou quanto a sua derivação de outros princípios expressamente consagrados na Constituição”, como o caso do princípio do devido processo legal e da isonomia.<sup>183</sup>

“Em algumas decisões do STF, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o

---

<sup>180</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Item 10, 2008, p.191.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>182</sup> Na Alemanha, trata-se de princípio implícito. Cf. MENDES, Gilmar F. et al. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. 1ª ed 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.248.

<sup>183</sup> TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.544.

tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inc. LIV do art. 5º<sup>184</sup> - devido processo legal substantivo.

A maior parte da doutrina fundamenta o princípio da proporcionalidade no princípio do Estado de Direito, como Mendes<sup>185</sup> e também Barroso<sup>186</sup>. Essa tendência encontra apoio na Doutrina e no Tribunal Constitucional alemães.<sup>187</sup>

Há doutrinadores que encontram o fundamento da proporcionalidade em diversos dispositivos da Constituição ao mesmo tempo: Barros e Gomes Filho<sup>188</sup>, fundamentam a proporcionalidade nos arts. 5º, II (legalidade), 1º *caput* (princípio republicano), 1º II (cidadania), 1º III (dignidade).

Outros avaliam o princípio da proporcionalidade também como um item de referência à atividade interpretativa.<sup>189</sup>

Virgílio Afonso entende que a busca desta fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é infrutífera, e leciona que:

... a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, “mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.”<sup>190</sup>

Esclarece o referido autor que, se a maioria dos direitos fundamentais são princípios, nos termos apresentados por Alexy, significam “mandamentos de

<sup>184</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.42.

<sup>185</sup> Cf. MENDES, Gilmar F. et al. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. 1ª ed 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.248..

<sup>186</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.217.

<sup>187</sup> SILVA, op. cit, p. 42.

<sup>188</sup> Cf. BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.93; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96**, Bol. IBCCrim 45, 1996, p.14. O Supremo Tribunal Federal também afirma freqüentemente que o “princípio da proporcionalidade (...) extrai a sua justificação dogmática de *diversas* cláusulas constitucionais”, sem nunca afirmar quais são essas *diversas* cláusulas. Cf., por exemplo, ADIMC 1407-2, DJU 15.03.1996.

<sup>189</sup> TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.544.

<sup>190</sup> SILVA, op. cit., p. 42-43.

otimização”, ou seja, são normas que obrigam que estes sejam realizados, na maior medida possível, de acordo com as situações fáticas e jurídicas.

E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso, que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.<sup>191</sup>

Para Dimoulis, ainda que controversa sua fundamentação constitucional, sua aplicabilidade tem base normativa no art. 5º, §§ 1º e 2º da CF. No parágrafo primeiro há a determinação legal que o legislador respeite ao mesmo tempo todos os direitos fundamentais, o que equivale ao “poder de dever de limitar os direitos fundamentais na estrita medida do necessário para, se possível, otimizar o exercício dos direitos fundamentais colidentes”. O parágrafo segundo permite reconhecer garantias de direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição, mas que deles decorrem.<sup>192</sup>

Tendo em conta que a aplicação do princípio da proporcionalidade está contida nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CF, a incidência é sobre o direito constitucional específico, e compreende a interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais quando se alega violação de um direito fundamental.

### 3.6 Elementos do princípio da proporcionalidade

Parte da doutrina divide o princípio da proporcionalidade em três elementos<sup>193</sup>, também chamado de sub-princípios ou somente princípios<sup>194</sup> – o que

---

<sup>191</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª. reimp. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997.

<sup>192</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Item 10, 2008, p.193.

<sup>193</sup> Alexy denomina esta subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade. Pelas razões apresentadas, continuaremos com a denominação de princípio e, a partir deste, de elementos no lugar de sub-regras. ALEXY op cit, p.111.

<sup>194</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.269-270.

neste trabalho não se faz distinção, adotando-se a nomenclatura e teoria dos três elementos, que devem seguir a ordem imprescindivelmente pré-definida em que os elementos se relacionam, pois a adequação precede a necessidade, que precede a “proporcionalidade em sentido estrito”.<sup>195</sup>

No entanto, para Virgílio Afonso, não é pacífico o entendimento da quantidade de sub-princípios, ou elementos. Um primeiro posicionamento, principalmente o adotado pelos críticos do sopesamento<sup>196</sup> aceita somente os sub-princípios da adequação e da necessidade. Outra corrente, além dos três sub-princípios elencados acrescenta mais um, o da análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.<sup>197</sup>

Os dois primeiros elementos são entendidos como pressupostos fáticos do princípio da proporcionalidade, enquanto o terceiro, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, equivale à ponderação jurídica dos dois primeiros.<sup>198</sup>

Adotamos a teoria dos três elementos porque somente a adequação e a necessidade não são suficientes para que seja observada a legalidade necessária para o processo hermenêutico, bem como compreendemos ser desnecessário o quarto elemento, por estar absorvido pelo da proporcionalidade estrito senso

Os elementos devem ser analisados na ordem apresentada. A necessidade da observância da ordem dos elementos se dá devido ao fato de que nem sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade implica a análise de todos os três elementos, pois se relacionam de forma subsidiária entre si, ou seja, a análise do

---

<sup>195</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.34.

<sup>196</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest – Wolfgang. *Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte*. In SILLER, Peter; KELLER, Bertram (Hg.) *Rechtphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden:Nomos, 1999, p. 83 e SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin:Duncker&Humblot, 1976, p. 76 et seq. apud SILVA, op cit, 2002, p. 35, nota de rodapé.

<sup>197</sup> Ibid., p. 35.

<sup>198</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª. reimp. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997, p.112.

elemento seguinte somente é exigível se o caso não estiver resolvido no elemento anterior. Somente se passa para a análise da necessidade se a adequação não houver resolvido a questão.<sup>199</sup>

### 3.6.1 O Elemento da Adequação

O elemento da adequação, também denominado de princípio da idoneidade ou da conformidade, determina a verificação, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) oportuniza o alcance da finalidade perseguida, ou seja, o meio apropriado que leve a cabo o fim pretendido.

Na opinião de Steinmetz, “o exame da adequação da relação meio-fim tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é adequado, empírica ou faticamente, para alcançar ou promover o objetivo pretendido”.<sup>200</sup>

O meio adequado pode se dar sob duas formulações: a negativa e a positiva. A negativa demonstra que pode haver vários meios aptos, adequados para a possibilidade do atingimento do fim almejado<sup>201</sup>, não importando a adequação, o exame de qual meio é melhor ao caso concreto, somente se é idôneo ou não. Considera-se o meio adequado àquele que fomenta ou possibilita o alcance do fim pretendido.<sup>202</sup>

A fim de ilustrar o elemento em questão, Barroso<sup>203</sup> oferece-nos o caso hipotético de que, durante o período do carnaval o poder público proíbe que se faça

---

<sup>199</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.34.

<sup>200</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 213.

<sup>201</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

<sup>202</sup> SILVA, op cit, 2002, p. 38.

<sup>203</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.206-207.

uso de bebidas alcoólicas, pois se verificou que neste período a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis tem seu percentual dobrado. Notadamente, vê-se que o “meio” utilizado (proibição de bebida) não consegue satisfazer o fim pretendido (diminuição da contaminação), já que não existe qualquer relação direta do consumo de álcool e a contaminação.

Em se tratando de uma medida que não passa pelo crivo da “adequação”, sequer deve prosseguir para a análise nos outros dois elementos, devendo, assim, ser considerada inconstitucional.

Agora, em se tratando de uma medida adequada, passa-se ao exame da “necessidade” e, então, a questão é saber se esta é a medida mais adequada possível.

### 3.6.2 O Elemento da Necessidade

O elemento da necessidade, também chamado de princípio da exigibilidade ou da menor ingerência possível, consiste que os meios utilizados para atingir os fins visados devem ser os menos onerosos possíveis para o indivíduo.<sup>204</sup>

Ou seja, a limitação de um direito fundamental por uma ação estatal é somente necessária se não é possível escolher outra restrição, igualmente efetiva, que limite menos o direito fundamental em questão.<sup>205</sup>

Virgílio Afonso alerta para a diferença entre adequação e necessidade, pois “o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto”.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 213.

<sup>205</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.38.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 38.

Para facilitar a operacionalidade prática do princípio, Canotilho apresenta quatro outros elementos, trazidos pela doutrina. São eles:

- A) Exigibilidade Material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais.
- B) Exigibilidade Espacial que visa a necessidade de limitação no âmbito da intervenção
- C) Exigibilidade Temporal, que visa a delimitação no tempo da medida coativa.
- D) Exigibilidade Pessoal, aquela que visa que a limitação atinja a pessoa cujo interesse deve ser sacrificado.<sup>207</sup>

Para melhor compreendermos, vejamos: se o racionamento da energia elétrica ajuda a compatibilizar a demanda e a oferta da energia elétrica e a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas no fornecimento de energia elétrica, este é considerado “adequado” e, a partir daí, passa-se à análise da “necessidade”.

Então, devemos cotejá-las com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos cidadãos. Devemos questionar quais são os direitos limitados.

No caso em questão, há uma restrição de acesso a um serviço público de primeira necessidade de maneira desigual, pois quem economizou terá menor margem de manobra, porque sua média será menor, correndo maior risco de ter interrompido seu fornecimento de energia. Limita-se o direito à igualdade, à livre iniciativa, o direito ao trabalho e, até mesmo, de uma vida digna. Para este caso, há de se verificar se há outra ou outras medidas que afetem, em menor escala, o direito dos cidadãos.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 270.

<sup>208</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p.38-39.

### 3.6.3 O Elemento da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Uma medida que limita ou afeta um direito fundamental, por mais que seja adequada e necessária, não significa, muitas vezes, que seja proporcional.

Realizados os exames da “adequação” e da “necessidade”, se faz o exame da “proporcionalidade em sentido estrito”, que consiste, segundo Virgílio Afonso “em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido, e a importância do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>209</sup>, ou seja, coloca-se em “equação um juízo de ponderação”, avaliando-se o meio utilizado, se desproporcional ou não ao fim almejado, como leciona Canotilho.<sup>210</sup>

Nas palavras de Alexy, na “lei da ponderação”: “quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.<sup>211</sup>

O autor aponta três passos para esta ponderação:

Primeiro: determinação (“mensuração”) do grau de não-satisfação ou de não-realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de “quantificar” o grau de intensidade da intervenção ou da restrição.

Segundo: avaliação da importância (“peso”) da realização do outro princípio (o princípio oposto).

Terceiro: demonstração de se a importância da realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido<sup>212</sup>.

<sup>209</sup> SILVA, op cit, 2002, p. 40.

<sup>210</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 270.

<sup>211</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª. reimp. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997, p.161.

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada, p. 64. Trad. De Luís Afonso Heck. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, v. 809. p. 57-73, mar 2003 apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2004.

Para que a medida não seja aprovada no teste da “proporcionalidade em sentido estrito”, isto é, para que ela seja considerada desproporcional, “não é necessário que ela implique na não-realização de um direito fundamental. Igualmente, não é necessário que ela atinja o “núcleo essencial” de algum direito fundamental<sup>213</sup>. Basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham “peso” suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido”.<sup>214</sup>

### 3.7. Críticas acerca da proporcionalidade

As teorias e as aplicações acerca do princípio da proporcionalidade no Brasil, nem sempre dissertam ou aplicam a proporcionalidade com o rigor criterioso e fundamentado da jurisprudência e doutrina alemã.

Para Virgílio Afonso, no Supremo Tribunal Federal são inúmeras as decisões que invocam a proporcionalidade meramente com caráter retórico, “sempre que se queira afastar alguma conduta” (...) “recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”, decidindo pela inconstitucionalidade da conduta.

Não é feita nenhuma referência a algum pensamento racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.<sup>215</sup>

Adverte Virgílio Afonso que o Supremo Tribunal Federal “não parece disposto a aplicá-lo de maneira estruturada, limitando-se a citá-lo”, utilizando um raciocínio simplista e mecânico, que assim resume: “- a constituição consagra a regra da

<sup>213</sup> Cf. STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.139.

<sup>214</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano, p. 40.

<sup>215</sup> Ibid., p. 31.

proporcionalidade; - o ato questionado não respeita essa exigência; - o ato questionado é inconstitucional”.<sup>216</sup>

Considerando a aplicação do princípio da proporcionalidade, sem regularidade de critérios objetivos e positivamente fundamentados, justificamos o alerta doutrinário de que a proporcionalidade deve ser utilizada com “prudência e parcimônia”<sup>217</sup>, a fim de não desrespeitar a vontade popular que recai sobre os órgãos governamentais que a representam no Estado Democrático, o que não é o caso do poder judiciário.<sup>218</sup>

Contudo, para a aplicação do princípio da proporcionalidade não há que se referir à vontade popular, pois o princípio da proporcionalidade não tem o condão de realizar o “controle do legislativo”<sup>219</sup> ou evitar “os excessos de maiorias legislativas eventuais”<sup>220</sup>, ou seja, de mudar o sentido da norma emitida pelo legislador, mas sim o de sopesar, por critérios pré-definidos e em ordem estabelecida, princípios em conflito.

Seguindo a interpretação objetiva da Savigny, “não é tarefa do jurista corrigir erros do legislador”<sup>221</sup> e acrescenta que, quando o intérprete alega supostas e/ou implícitas intenções do legislador para corrigir a lei, adota uma postura perigosa que ameaça destruir <sup>222</sup> “qualquer legislação e qualquer certeza jurídica (*Rechtsgewißheit*)”<sup>223</sup>.

---

<sup>216</sup> Ibid., p. 31.

<sup>217</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.213.

<sup>218</sup> Cf. BARROSO, op cit, 1998, p. 213 e TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.544.

<sup>219</sup> Cf. TAVARES, op cit, 2003, p. 544.

<sup>220</sup> Cf. BARROSO, op. cit., p. 213.

<sup>221</sup> Essas considerações encontram-se nas aulas dos anos 1802, 1809 e 1821-1824. SAVIGNY, Friedrich Carl Von et al. La ciencia del derecho. Buenos Aires: Losada, 1949. apud DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p.219-220..

<sup>222</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p.220.

<sup>223</sup> Essas considerações encontram-se nas aulas dos anos 1802, 1809 e 1821-1824. SAVIGNY, Friedrich Carl Von et al. La ciencia del derecho. Buenos Aires: Losada, 1949 apud DIMOULIS, op cit, 2006, p.220.

Compreendemos que a atuação volitiva do aplicador da norma deve se dar dentro dos limites da interpretação, ou seja, dos limites que se extrai do texto da lei, pelos métodos de interpretação gramatical e sistemático - teoria da interpretação do “pragmatismo jurídico-político”, aqui descrita.

Dimoulis, não obstante reconhecer a importância do princípio da proporcionalidade, conquanto principal instrumento para avaliar a intervenção no direito<sup>224</sup>, se opõe à propensão de vislumbrar o direito em termos de “princípios”, “considerando que a solução de problemas concretos pode ser dada pela ponderação de princípios; é uma opção metodológica irracional. Algo abstrato, como o princípio, não pode ajudar na formulação de uma solução concreta”.<sup>225</sup>

Como nos referimos anteriormente, existe uma corrente, adotada pelos críticos do sopesamento, que aceita somente os sub-princípios da adequação e da necessidade.

Tais seguidores entendem que a proporcionalidade em sentido estrito é uma construção errônea, uma vez que não cabe ao poder judiciário e nem a doutrina medir e ponderar direitos no caso concreto. Sob o aspecto material os direitos fundamentais, por exemplo, são heterogêneos, impedindo, assim, um sopesamento, que para Dimoulis “só seria possível entre elementos comensuráveis”<sup>226</sup>. Sob o aspecto formal, como saber qual direito “pesa” mais que o outro?<sup>227</sup> Como saber, conforme Martins, se estes direitos “não foram hierarquicamente sistematizados pelo constituinte, possuindo todos a mesma dignidade normativo-constitucional”?<sup>228</sup> Ou

---

<sup>224</sup> DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais Conceitos Básicos. **Caderno Comunicações**. Caderno do Programa de pós-graduação em Direito da Piracicaba, Piracicaba, Unimep, ano 5, n. 2, jan. 2001, p.27.

<sup>225</sup> DIMOULIS, op. cit., 2006, p. 253.

<sup>226</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista Ajuris, 2006a, p. 99-126.

<sup>227</sup> Ibid., 99-126.

<sup>228</sup> MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**. UNIMEP, Piracicaba 3 (5), jul/dez. 2003, p. 37.

seja, não existe uma possibilidade de efetuar um sopesamento fundamentado na Constituição.<sup>229</sup>

Outra crítica que se faz é a de que a ponderação em sentido estrito torna a decisão política e não judiciária, pois hierarquizar direitos é função política, ferindo-se o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático.<sup>230</sup>

No entanto, cumpre reprimir que o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, a “proporcionalidade estrito sensu”, somente será invocada depois de vencidas e não satisfeitas, no que tange a interpretação da norma, as etapas da adequação e da necessidade. Tratando-se, portanto, de medida excepcional, que encontra no “espaço da interpretação volitiva” uma autorização legislativa para o sopesamento.

Ainda sob a ótica da separação dos poderes, entendemos que a aplicação da proporcionalidade pode se converter em uma ditadura, como cita Bonavides<sup>231</sup>, vez que “representa, quase sempre, uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral”.<sup>232</sup>

Alegamos, ainda, que a aplicação do princípio da proporcionalidade pode violar o da segurança jurídica. É possível configurar a flexibilização dos sistemas de autorização para restrições e a conseqüente nivelação dos valores constitucionais, ou, também, causar uma falta de segurança daqueles que podem ter seus direitos fundamentais limitados, ante a falta de previsibilidade do resultado da aplicação.<sup>233</sup>

---

<sup>229</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista Ajuris, 2006a, p. 99-126.

<sup>230</sup> MARTINS, op cit, 2003, p. 37.

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 390.

<sup>232</sup> SCHMIDT, Eberhard. *Der Strafprozess Aktuelles und Zeitloses*, 1969 apud BONAVIDES op cit, 2001, p.390.

<sup>233</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.199.

Refutamos estas duas últimas tendo em vista que existem critérios objetivos, fixos e determinados para fundamentar a decisão. Portanto, tais críticas apenas possuem sentido se o princípio for aplicado sem critérios.

## **CAPÍTULO IV – UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Neste capítulo abordamos o estudo de alguns acórdãos, a fim de constatar como aparece o princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Para que se tenha uma visão mais apurada, cumpre primeiramente, uma breve apresentação sobre a origem, composição, particularidades e curiosidades deste órgão do Poder Judiciário.

### **4.1. Supremo Tribunal Federal: breve apresentação**

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula máximo, do Poder Judiciário, a quem estão subordinadas todas as demais instancias judiciárias e, nos termos do art. 102 da Constituição Federal lhe compete, precipuamente, a guarda da Constituição.

Compete-lhe, também, conforme incisos e parágrafos do art. 102, entre suas principais atribuições, a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

É de sua competência originária julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros.

Cabe-lhe, igualmente, julgar na via recursal. Destacamos, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu a possibilidade das denominadas Súmulas Vinculantes. Trata-se de aprovação pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/88).

Sua composição numérica atual é de onze Ministros. Contudo, nem sempre fora a mesma.

Sua composição numérica se iniciou com 23 ministros, na Casa da Suplicação do Brasil – primeira denominação do órgão de cúpula, assim definida por Alvará Régio de 10 de maio de 1808.

Depois, passou a designar-se Supremo Tribunal de Justiça, instalado em 9 de janeiro de 1829, na Casa do Ilustríssimo Senado da Câmara, tendo subsistido até 27 de fevereiro de 1891, com 17 Ministros.

A denominação Supremo Tribunal Federal, adotada na Constituição Provisória, publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, iniciou sua composição com 15 Ministros; em 1931 passou a ser constituído por 11; no Ato Institucional 02/1965 passou a 16 Ministros; o Ato Institucional 06/1969 passou a 11, assim permanecendo até os dias atuais. A instalação do Supremo Tribunal Federal em Brasília ocorreu em 21 de abril de 1960.

Determina o art. 101 da Constituição que seus membros tenham de notável saber jurídico e reputação ilibada e sejam escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade. Há que ser brasileiro nato, conforme art. 12, § 3º, IV e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, art. 101, parágrafo único da lei maior.

A aposentadoria compulsória dos Ministros dar-se-á ao se completar 70 anos de idade, sendo garantidos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e aos demais juízes a inamovibilidade e a vitaliciedade, art. 93, VI, do diploma em comento.

Quanto às nomeações, ilustramos com exemplos recentes àquelas feitas pelos ex-presidentes e pelo atual: José Sarney nomeou 05 ministros; Collor de Mello nomeou 04 ministros; Itamar Franco 01 Ministro; Fernando Henrique Cardoso 03 ministros; Luiz Inácio Lula da Silva 07 ministros<sup>234</sup>.

As nomeações do STF permeiam outros órgãos do Poder Judiciário, pois o próprio Tribunal indica um dos seus Ministros para compor o Conselho Nacional de Justiça e três para compor o Tribunal Superior Eleitoral, conforme artigos constitucionais 103-B, I e 119, I, a, respectivamente.

A primeira mulher a investir-se no cargo de Ministra do STF foi Ellen Gracie Northfleet, natural do Rio de Janeiro/RJ, nomeada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, em 23 de novembro de 2000, a qual assumiu sua presidência para o biênio 2006 à 2008.<sup>235</sup>

São órgãos do Supremo Tribunal Federal o Plenário, as duas Turmas e o Presidente, organizando-se em comissões para agir internamente.

---

<sup>234</sup> MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)** / Ministro Celso de Mello. 2ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 13. Disponível em [http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/sobreStf\\_ConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/sobreStf_ConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf). Acesso em 20 maio 2008.

<sup>235</sup> MELLO FILHO, op cit, 2007, p.20.

Alguns processos são decididos apenas pelo Tribunal Pleno, e não pelas Turmas, como sobre a constitucionalidade das leis, concessão de medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade, processo-crime contra o Presidente da República, Ministros, Parlamentares; conflitos ente a União e os Estados-Membros ou entre Estado e organizações internacionais e a União ou Estados-Membros, o Distrito Federal, os Territórios. Nos termos do RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arts. 1º a 5º.

O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo em sua composição, art. 4º, § 1º, do RISTF/80.

Não somente a autonomia administrativa é assegurada, mas também a financeira, reconhecido o direito deste órgão de formular proposta orçamentária, art. 99, §1º da Constituição. Sendo que os recursos previstos na lei de orçamento para o Legislativo, Judiciário e Ministério Público, devem estar à disposição dos respectivos órgãos até o vigésimo dia de cada mês, conforme artigo constitucional 168.

É possível conhecer melhor este órgão, sua composição, ter acesso integral de muitos de seus julgados, através do sítio eletrônico do STF<sup>236</sup> na rede mundial de comunicação.

E também pela TV Justiça, um canal de televisão público de caráter institucional administrado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tem como escopo ser um espaço de comunicação e aproximação entre os cidadãos e o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia.

---

<sup>236</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <http://www.stf.org.br>. Acesso em 16 jun 2008.

## **4.2. Composição plenária atual**

### **4.2.1. Ministros**

Ministro Gilmar Mendes - Presidente  
Ministro Cezar Peluso - Vice-Presidente  
Ministro Celso de Mello  
Ministro Marco Aurélio  
Ministra Ellen Gracie  
Ministro Carlos Britto  
Ministro Joaquim Barbosa  
Ministro Eros Grau  
Ministro Ricardo Lewandowski  
Ministra Cármen Lúcia  
Ministro Menezes Direito

### **4.2.2. Turmas**

#### **PRIMEIRA TURMA**

Ministro Marco Aurélio - Presidente  
Ministro Carlos Britto  
Ministro Ricardo Lewandowski  
Ministra Cármen Lúcia  
Ministro Menezes Direito

#### **SEGUNDA TURMA**

Ministro Celso de Mello - Presidente  
Ministra Ellen Gracie  
Ministro Cezar Peluso  
Ministro Joaquim Barbosa  
Ministro Eros Grau

### 4.2.3. Comissões

#### **COMISSÃO DE REGIMENTO**

Ministro Marco Aurélio - Presidente  
Ministra Cármen Lúcia  
Ministro Cezar Peluso  
Ministro Menezes Direito

#### **COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA**

Ministro Ellen Gracie - Presidente  
Ministro Joaquim Barbosa  
Ministro Ricardo Lewandowski

#### **COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO**

Ministro Cezar Peluso - Presidente  
Ministro Carlos Britto  
Ministro Eros Grau

#### **COMISSÃO DE COORDENAÇÃO**

Ministro Celso de Mello - Presidente  
Ministro Eros Grau  
Ministro Menezes Direito

### 4.3. Análise jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal

Este tópico visa a análise jurisprudencial a fim de verificar se há aplicação prática ou não do princípio da proporcionalidade nos termos propostos, concluindo pela importância ou não da mesma para a interpretação constitucional.

Para tanto, a busca dos julgados foi feita perante o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte de Justiça brasileira.

A pesquisa foi realizada por intermédio do “Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário”, gerenciado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>237</sup> onde se pôde ter acesso, inclusive, à íntegra dos acórdãos.

#### 4.3.1. O Acórdão

Importa esclarecermos que acórdão é a denominação do julgamento proferido pelos tribunais, nos termos do art. 163 do CPC – Código de Processo Civil. Os acórdãos possuem, por determinação legal, requisitos essenciais, nos termos dos arts. 131; 165; 458 e 459 do Código de Processo Civil<sup>238</sup>, a saber:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

---

<sup>237</sup> Disponível em: <http://www.stf.gov.br/bndpj/tribunaissuperiores/STJ3B.asp>. Acesso em 01 Jul. 2007, 01:40 hs.

<sup>238</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Em pormenores, o acórdão contém:

- Cabeçalho, no qual expõe as informações específicas de identificação do documento.

- Ementa, um apanhado do conteúdo do acórdão, uma síntese do que julgou uma autoridade judiciária, nome das pessoas envolvidas, as partes e o tipo do processo.

- Relatório, a exposição prévia da situação do processo, principais fatos e andamentos do processo.

- Voto, o exame das questões referentes ao fato e ao direito existente no processo pelo juiz e que fundamenta sua decisão.

- Sentença, exhibe o resultado do pedido feito pelas partes, indicando se o aceitaram ou não e qual foi o quórum de votação, se unânime ou maioria.

- Encerramento indica os juízes responsáveis pela elaboração da decisão local e data do julgamento.

#### **4.3.2. Universo pesquisado**

O universo da pesquisa correspondeu a 40 acórdãos que tiveram julgamento durante o período pesquisado de 01 de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2007 e que nele houve o emprego da palavra “**proporcionalidade**”.

De acordo com a classe processual a ocorrência de cada uma delas se deu, durante o referido período, da seguinte forma:

AC-AgR	Ação Cautelar de Agravo Regimental	01
AC-MC	Medida Cautelar em Ação Cautelar	01
AC-MC-AgR	Agravo Regimental na Medida Cautelar em Ação Cautelar	01
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade	01
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade	09
ADI-MC	Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar	01
AI – AgR	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	03
HC	Habeas Corpus	09
HC-AgR	Agravo Regimental no Habeas Corpus	01
HC ED	Embargos de Declaração em Habeas Corpus	01
Inq	Inquérito	01
MS	Mandado de Segurança	02
RE	Recurso Extraordinário	02
RE-AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	03
RHC	Recurso em Habeas Corpus	03
RMS	Recurso em Mandado de Segurança	01

Dentre os 40 acórdãos escolhemos, aleatoriamente, 27 que entendemos que enriqueceriam em maior grau o desenvolvimento científico da nossa pesquisa, e passamos a analisar o seu conteúdo, sendo eles:

AC-AgR	Ação Cautelar de Agravo Regimental	01
AC-MC	Medida Cautelar em Ação Cautelar	01
AC-MC-AgR	Agravo Regimental na Medida Cautelar em Ação Cautelar	01
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade	01
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade	09
AI – AgR	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	03
HC	Habeas Corpus	09
HC-AgR	Agravo Regimental no Habeas Corpus	01
HC ED	Embargos de Declaração em Habeas Corpus	01

Portanto, não foram analisados os 13 acórdãos das classes de processuais que seguem:

ADI-MC	Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar	01
Inq	Inquérito	01
MS	Mandado de Segurança	02
RE	Recurso Extraordinário	02
RE-AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	03
RHC	Recurso em Habeas Corpus	03
RMS	Recurso em Mandado de Segurança	01

#### 4.3.3. Questões para análise e as respectivas observações

Para efetuar a análise de seu conteúdo estabelecemos três questões que, no nosso entendimento, são significativas:

1. Houve indicação do princípio da proporcionalidade no fundamento do voto?
2. Em caso afirmativo, houve a indicação dos “elementos” do princípio da proporcionalidade? Quais elementos dentre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito? Algum outro elemento foi indicado? Qual?
3. Em caso afirmativo, de que forma estes elementos foram aplicados?

Em resposta ao questionamento 1, resultou que a indicação do princípio da proporcionalidade no fundamento do voto ocorreu em 13 acórdãos, nos demais fora apenas indicado na sua parte descritiva, como nos casos em que pertenceu à linha de defesa da parte, e o princípio não fora enfrentado pelos julgadores na fundamentação do voto.

Dentre estes 13 acórdãos, em 06 houve a indicação dos elementos do princípio da proporcionalidade nas três modalidades: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e em 01 houve a indicação dos elementos do princípio da proporcionalidade em duas modalidades adequação e necessidade; não tendo sido utilizado outro elemento.

Contudo, nenhum destes 7 acórdãos atendeu afirmativamente ao questionamento 3, ou seja, não houve a aplicação destes elementos ao caso em concreto.

#### **4.3.4. Um acórdão a servir de paradigma**

Para a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade encontramos um acórdão da Corte Constitucional Brasileira a servir de paradigma.

Trata-se de um pedido de Intervenção Federal nº 2.915-5, figurando como partes Nair de Andrade e Outros e o Estado de São Paulo; acórdão significativo em que a Corte Constitucional indeferiu o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, ante o não pagamento de precatórios, considerando que deve-se atender ao princípio da proporcionalidade face à necessidade de se garantir a continuidade dos serviços públicos, concretizador da autonomia estatal e da federação e o pagamento de precatórios de caráter alimentar.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto<sup>239</sup>, aponta que a intervenção federal é medida excepcional, nos termos do art. 34, da CF/88, ao dizer que “a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:...” Tem-se, portanto, o

---

<sup>239</sup> Gilmar Mendes, como Ministro vota no Acórdão da Intervenção Federal nº 2915 do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ementário 2134-1. DJ Diário da Justiça 28/11/2003. p. 179.

princípio da não intervenção como concretizador do princípio da autonomia, concretizador do princípio do Estado Federativo, cláusula constitucional pétrea.

De um lado temos a União objetivando a eficácia dos princípios contidos no referido art. 34, e de outro o Estado-membro a resguardar sua autonomia, assim, entende pela aplicação do princípio da proporcionalidade e seus três elementos – adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso.

O Ministro passa, então, à análise do contexto factual e normativo em que se insere o tema.

Na análise da adequação da medida restritiva – a ingerência do interventor certamente estará sujeita às mesmas limitações factuais apresentadas pelo Estado de São Paulo – comprometimento do orçamento estatal com percentuais constitucionais para destinos específicos como educação, saúde, despesas de pessoal, custeio do aparelhamento administrativo, registrando-se que o Estado demonstrou ter envidado esforços para pagamento dos precatórios, que se acumularam por anos. Poderia o interventor deixar de cumprir as obrigações constitucionais do Estado para pagamento de precatórios? Nesta linha, conclui que a medida restritiva não passa pelo crivo da adequação, portanto, ausente de proporcionalidade.

Não obstante, o Ministro prossegue na aplicação do princípio quanto à necessidade, a fim de esclarecer sobre a existência ou não de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. E considera ser menos gravosa a condução do Estado por um governador democraticamente eleito – observada sua boa-fé e propósito de superar a inadimplência, que a ruptura administrativa do Estado. Isto, presumindo, sob estes aspectos, que o interventor e o governador conduziriam com a mesma

eficiência, ou que, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração do interventor seria mais eficaz.

Por fim, ainda que igualmente não configurada a necessidade, cuja ocorrência dispensaria a análise da proporcionalidade estrito senso, enfrenta-a a fim de aferir a existência da proporção entre o objetivo perseguido – o adimplemento de precatórios de natureza alimentícia e o ônus imposto ao atingido, que é o Estado e a sociedade.

E conclui, diante dos princípios constitucionais que supostamente estavam em conflito, a interpretação pelo princípio da proporcionalidade, segundo a aplicação de seus elementos, demonstrou que a medida restritiva não se configura proporcional, razão pela qual deixa de ser adotada.

Nada obstante o caso apresentado, observamos que a utilização do termo princípio da proporcionalidade na fundamentação dos acórdãos pesquisados, em relação aos votos em separado dos Ministros se deu de forma retórica e insubsistente.

#### **4.3.5. Os cinco acórdãos selecionados e a observação final**

Assim, apresentamos aqui um olhar sobre o conteúdo de 05 destes 13 acórdãos, a fim de demonstrar as ocorrências descritas anteriormente, escolhidos por serem os que melhor representam os demais, bem como enriquecem o estudo de nossa pesquisa.

As ADIn's – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3316-6 do Estado do Mato Grosso do Sul; 3489-8 do Estado de Santa Catarina e 3689-1 do Estado do Pará, trataram de pedido de inconstitucionalidade de lei estadual posterior à Emenda

Constitucional 15/96, ante a ausência de Lei Complementar Federal prevista no texto constitucional, conflitando, de um lado, com o princípio da organização administrativa – art. 18 da CF/88 e, de outro, face à consolidação da situação fática, com o da segurança jurídica.

Observamos a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade jurídica, em dizeres como “torna inevitável a técnica da ponderação”<sup>240</sup>, sobre o qual Gilmar Mendes afirma:

...o Tribunal deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica (...) com o interesse na eliminação do fator da incerteza e insegurança jurídica, que a retroatividade, em princípio, acarreta<sup>241</sup>.

Não utilizou, em nada, com relação à aplicação dos elementos do princípio, nos termos da teoria apresentada. Razão pela qual o princípio toma contornos que inicialmente não teria, de retórica, inconsistentes.

A AC-MC - Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1657-6, do Rio de Janeiro, que buscava o efeito suspensivo no Recurso Extraordinário da interdição de estabelecimento comercial – fábrica de cigarros, que inadimplente sistemática e isoladamente da obrigação de pagar Imposto sobre Produto Industrializado, medida excepcional autorizada pela natureza da atividade e pelo art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1997, com redação dada pela Lei 9.822/1999, segundo a qual o não cumprimento da obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal é hipótese de cancelamento do registro especial.

---

<sup>240</sup> Gilmar Mendes, como Ministro vota na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3316, p. 572, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ementário 2282-3. DJ Diário da Justiça 29/06/2007.

<sup>241</sup> Ibid., p. 573.

Nestes autos não houve indicação do princípio da proporcionalidade na fundamentação do voto, contudo o Ministro Eros Grau esposou seu entendimento contrário à utilização da proporcionalidade, que sequer considera como princípio, colocada nestes termos, a tem como “mera pauta normativa” e insiste que não exerce a judicatura com fundamento na razoabilidade ou proporcionalidade, porém no que diz a Constituição, onde está ancorado.<sup>242</sup>

E mais, quer ver registrado nos acórdãos que não existe constitucionalidade ou inconstitucionalidade segundo o princípio da proporcionalidade. Se nega a utilizar a proporcionalidade como critério em qualquer causa que não envolva especificamente a aplicação a um caso concreto, de determinadas consequências jurídicas. Não no controle abstrato.<sup>243</sup>

A exemplo da inconsistência das citadas fundamentações para o princípio da proporcionalidade, a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800, que julgou constitucional a gratuidade da primeira emissão das certidões de nascimento e óbito à todos, e não somente aos reconhecidamente pobres, como queria a Associação dos Notários e Registradores do Brasil, é bem representativa, notadamente na fundamentação do voto de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, segundo o qual a aplicação da proporcionalidade se resume na avaliação superficial, nos termos que transcrevemos:

Não me parece que os dispositivos impugnados incidam na proibição de excesso, porquanto os notários e registradores exercem tantas outras atividades lucrativas que a isenção neles estabelecida certamente não terá o condão de romper o equilíbrio econômico-

---

<sup>242</sup> Eros Grau, Ministro vota AC-MC - Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1657-6, p. 47, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ementário 2282-3. DJ Diário da Justiça 29/06/2007.

<sup>243</sup> Eros Grau, Ministro vota ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800-1, p. 131, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ementário 2291-1. DJ Diário da Justiça 28/09/2007.

financeiro das serventias extrajudiciais, de maneira a inviabilizar a sua continuidade.<sup>244</sup>

E ainda, que a proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes traz à baila os fundamentos do Estado Democrático de Direito e seu aperfeiçoamento histórico.

Em suma, como observação final dos acórdãos verificamos que a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é superficial, não faz uso dos critérios doutrinários apresentados, aliás de critério algum, oferecendo uma interpretação que, no mínimo, abre margem ao subjetivismo, ao axiológico. Assiste razão às pertinentes colocações do Ministro Eros Grau.

---

<sup>244</sup> Ricardo Lewandowski Ministro vota ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800, p. 128-129, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ementário 2291-1. DJ Diário da Justiça 28/09/2007.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avaliando as argumentações apresentadas no decorrer do presente estudo, temos que os princípios, notadamente os constitucionais, oferecem diretrizes materiais de interpretação das normas contidas no ordenamento jurídico e da constituição. E mais, conectam o conteúdo das normas a serem elaboradas, ou seja, limitam a atividade legiferante do legislador e a interpretativa do julgador. Podem se apresentar tanto na forma implícita quanto na explícita. Não há distinção entre princípios e regras, à exceção que os princípios possuem maior grau de abstração e generalidade.

A interpretação constitucional não é necessariamente a mesma utilizada para outras áreas do direito, pois atua na delimitação do poder Estado frente ao indivíduo, e do o indivíduo e seus direitos.

Neste estudo concluímos que a hermenêutica tem como objeto a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do Direito, isto porque a interpretação revela o conteúdo, o significado e o alcance da norma, a fim de aplicá-la em um caso concreto. A aplicação é a sua concretização, o momento final da interpretação, a efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.

Desta forma, deve haver um processo sistematizado, com regras e métodos previamente definidos, que serão utilizados pelo intérprete do direito, quando for extrair o significado da norma para aplicá-la. Há que se atentar para a coerência do sistema, não sendo possível mesclar os sistemas que possuam teorias fundantes divergentes.

Para se chegar a tal conclusão, foi necessário estabelecer o contraponto com a corrente antagônica, o “moralismo”, apresentando os pontos positivos e negativos

de cada uma, e demonstrar, as razões da escolha pelo “positivismo”, que se fundou pela opção da segurança e objetividade jurídica.

Este é o ponto central, pois a partir deste tópico é que firmamos nosso posicionamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade.

É também o ponto mais delicado, pois a postura interpretativa axiológica possui razões bem estruturadas e busca finalidades irrepreensíveis, como o bem comum e a justiça social. Razão pela qual adotar uma postura contrária significa confrontar-se com estes valores emblemáticos, o que procuramos fazer de modo a oferecer o respeito devido à corrente.

Contudo, o que queremos é que na prática decisória o julgador respeite o processo democrático contido na lei constitucional, e que se posicione de maneira objetiva e compreensível para todos os interessados sobre o objeto e exercício de suas competências, assumindo as linhas que sustenta; revisando-as quando se mostre necessário. Nesse sentido, ofereceria transparência e aumentaria a segurança jurídica.

Isto se evidencia porque há uma forte correlação de algumas teorias de aplicação do princípio da proporcionalidade - de ponderação entre normas conflitantes de direitos fundamentais e de princípios de organização do Estado que permite o Poder Judiciário intervir em terrenos que julgamos ser monopólio do Legislativo. Os Tribunais, ao fazerem suas ponderações do ponto de vista político, acabam por se apropriar do poder de decisão popular.

Entretanto, não aceitamos o outro extremo do dilema, de confiar na democracia representativa e aderir ao ideário da democracia, de caráter ficcional, pois não é possível reconhecermos virtudes que a democracia eleitoral-representativa não possui.

Entendemos que cabe à doutrina estabelecer uma análise crítica do controle judicial apontando as dificuldades de se determinar um critério de distinção entre princípios e regras e a racionalidade das construções sobre o balanceamento de bens e direitos.

Esta opção metodológica “de fidelidade não axiológica”, expressa pelo pragmatismo jurídico-político, é estritamente normativa, ou seja, decorre da própria pretensão e estrutura do direito, independentemente dos méritos e do grau de legitimidade de cada legislador e, em particular, não autorizando o aplicador a examinar esse mérito e legitimidade antes de aplicar as normas postas.

No esteio deste entendimento, vislumbramos no decorrer da pesquisa que apenas a correlação entre princípios e interpretação positivista não traria a compreensão necessária para a construção das idéias fundamentais para entendimento e crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Com base no conteúdo que apresentamos nos capítulos, buscamos, neste momento, confirmar ou não as respostas às questões problematizantes propostas na Introdução desta dissertação.

Constatamos que a abertura e vagueza (ou baixa densidade normativa) do texto constitucional equivalem a encarregar o julgador da concretização das normas abstratas. Em sendo assim, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como instrumento de retórica e as conseqüências disso são: a insegurança jurídica e a utilização pelo Poder Judiciário de uma atribuição, um poder que não lhe foi delegado pelo ordenamento, mas sim conferido ao Legislativo. Ao extremo desta postura, podemos vivenciar uma “ditadura do judiciário”, ou ainda, o governo dos sábios.

Todavia, se aplicado no âmbito do exercício de um amplo poder decisório do julgador, delimitado conforme amplitude e profundidade, prenotadas pelas demais leis do sistema normativo, pode facilitar o cumprimento do ordenamento jurídico, notadamente das regras de maior abstração. Isto, aumentaria a sua densidade normativa, sua concretude, sem, com isso, invalidar a opção do legislador, pois se realizaria dentro dos moldes por ele estabelecido. Este é o conteúdo da teoria da interpretação do pragmatismo jurídico, apresentada no curso deste estudo.

No teor desta aplicação do princípio da proporcionalidade temos uma realização passível de controle racional e objetivo, pois a regra do limite do julgador existe de forma objetiva e é conhecida previamente.

Vimos que o princípio da proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade e proibição de excesso, pois demonstramos que algo pode ser razoável e não proporcional; e não que pretende apenas proibir o excesso, mas, também, que a medida restritiva seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ou seja, os três elementos necessários para a verificação da proporcionalidade quando constatarmos a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais.

Igualmente podemos afirmar que não basta que uma medida seja adequada e necessária. Em coerência com o posicionamento adotado no decorrer desta dissertação, ela precisa estar em pleno acordo com o ordenamento jurídico; tem que ser legal. Razão pela qual é imprescindível a utilização do terceiro elemento, a proporcionalidade em sentido estrito.

É nesse sentido que se espera tenha contribuído o presente trabalho, tanto academicamente, quanto juridicamente, para a aplicação do princípio da proporcionalidade em busca de maior concretude e objetividade jurídica,

respeitando-se a estrutura do ordenamento jurídico e a instrumentalização dada ao mesmo de acordo com as competências estabelecidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª. reimp. Madri: Centro de Estudos Constitucionais, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 92, v. 809. p. 57-73, mar 2003. In. STEINMETZ, Wilson Antônio. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2004.

ARAÚJO, David; NUES JR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, n.215, 1999.

**BANCO NACIONAL DE DADOS DO PODER JUDICIÁRIO**. Órgão gerenciado pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.gov.br/bndpj/tribunais/superiores/STJ3B.asp>. Acesso em 01 Jul. 2007, 01:40 hs.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. rev. ampl. Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Alves. 2ª ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte*. In SILLER, Peter; KELLER, Bertram (Hg.) *Rechtphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden:Nomos, 1999, p. 83 e SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker&Humblot, 1976. In. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano.

\_\_\_\_\_. Die Methoden der Verfassngsinterpretation: Bestandaufnahme und Kritik. Saat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991 (pp. 53-89). In. SILVA, V.F (org) et al. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. 1ª ed, 2ª tir. São Paulo:Malheiros, 2008, p. 115-143.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. O Método Concretista da Constituição Aberta. **Jornal O Estado de São Paulo**. Suplemento Cultural, Ano 2005, nº 206.

BRASIL. **Lei Nº 4.737** de 15 de Julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Brasília: Casa Civil. Publicado no DOU de 19/07/1965.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9.504** de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília: Casa Civil. Publicado no DOU de 01/10/1997.

BRASIL. **Lei Nº 10.406** de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Casa Civil. Publicado no DOU de 11/01/2002.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 5.869** de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil. Publicado no DOU de 17/01/1973.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BUECHELE, Paulo A. T. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2001.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONEGLIAN, Olivar A.R. **Inelegibilidade – Inelegibilidade e Proporcionalidade – Inelegibilidade e Abuso de Poder**. Curitiba: Juruá, 2008.

DILGERIAM, Mirian Gonçalves. Princípio Constitucional da Proporcionalidade e sua implicação no direito penal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12 (46) jan -mar 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Método. São Paulo 2006.

\_\_\_\_\_. **Elementos e problemas da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Revista da Ajuris, v. 102, 2006a.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais Conceitos Básicos. **Caderno Comunicações**. Caderno do Programa de pós-graduação em Direito da Piracicaba, Piracicaba, Unimep, ano 5, n. 2, jan. 2001.

\_\_\_\_\_. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Item 10, 2008.

DREIER, Ralf. *Recht, Moral, Ideologie*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1981. In. DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Nova Fronteira, 1995.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: SRS, 2005.

\_\_\_\_\_. A Interpretação Constitucional como “concretização” ou método hermenêutico concretizante. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12 (46), jan – mar 2004.

FRANÇA, R. Limonge. **Hermenêutica Jurídica**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez de. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. **Interesse Público**. São Paulo: Nota Dez, V 7 (35) 2006, p. 33-35.

GIL, Antonio C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 2003.

GÓES, Gisele S.F. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96, Bol. IBCCrim 45 (1996). In SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. 5ª tir. São Paulo: Martin Fontes, 2003.

LEITE, George Salomão. **Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (UNIFOR); BERCOVICI, Gilberto (USP). Entrevista com Friedrich Muller. **Revista Jurídica**. Disponível em : [https://www.planaltogov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/ProducaoIntelectual/Martonio\\_EntrevistaFrederichMuller](https://www.planaltogov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/ProducaoIntelectual/Martonio_EntrevistaFrederichMuller). Acesso em 01 dez 2006.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**. Unimep, Piracicaba, 3 (5), jul/dez 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MAZZARESE, 2000, p. 619. In. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)** / Ministro Celso de Mello. 2ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 13. Disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfCuriosidadeStf/anexo/NotasInformativasEletronica161007.pdf>. Acesso em 20 maio 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório da IOB de jurisprudência**. São Paulo: IOB, nº 23, 1 ç 1/8175, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. 1ª ed 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MERLEAU-PONTY, Maurice. The Primacy of percpetion and other Essay – Eye and Mind. Trad. Carleton Dallery, Ed. James M. Edie, p. 159. In. PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

MOTA, Leda P.; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8 ed. rev., ampl., atual. Com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. Capítulo I, Item 4, subitem 4.17, p 50-51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira, Lisboa, Edições 70, 1969.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Statsrecht II*. Heidelberg, Muller, 1999. In. DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais Conceitos Básicos. **Caderno Comunicações**. Caderno do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba: UNIMEP, ano 5, n. 2, jan. 2001.

QUINTANA, Linares. Reglas para la interpretación constitucional. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987. In. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RENZIKOWSKI, J. Naturrechtslehre versus Rechtspositivismus. Ein Streit um Worte?", Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 1995. In. DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov. 1999.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROTHENBURG, Walter C. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 51.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Princípios Constitucionais de Direito Privado*., **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Revista do Programa de Pós Graduação "Latu Sensu" em Direito Constitucional, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), jan/jun 2005.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico**: implicações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Los Fundamentos de la ciencia jurídica. In. \_\_\_\_\_. et al. La ciencia del derecho. Buenos Aires: Losada, 1949. In. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

SCHMIDT, Eberhard. Der Strafprozess Aktuelles und Zeitloses, 1969 In. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHRÖDER, Jan. *Recht als Wissenschaft. Gschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*. München: Beck, 2001. In. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais – 798 – Abril 2002 – 91º ano.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. (org) *Interpretação Constitucional*. In. SILVA, V.F (org) et al. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. 1ª ed, 2ª tir. São Paulo:Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRASSBERG, M. *Talking about seriously: beyond positivist jurisprudence in legal ethics*, Iowa Law Journal, 1995. In. DIMOULIS, Dimitri. **Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 88 (769), nov 1999.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível em <http://www.stf.org.br>. Acesso em 16 jun 2008.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Ricardo L. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Nome do arquivo: Dissertação Nathalia Brisolla de Mello  
Diretório: C:\Documents and Settings\Meu Computador\Meus documentos  
Modelo: C:\Documents and Settings\Meu Computador\Dados de aplicativos\Microsoft\Modelos\Normal.dotm  
Título: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE: SUA APLICAÇÃO POSITIVISTA  
Assunto:  
Autor: User  
Palavras-chave:  
Comentários:  
Data de criação: 14/8/2008 13:26:00  
Número de alterações: 118  
Última gravação: 25/10/2008 13:04:00  
Salvo por: Ju  
Tempo total de edição: 1.822 Minutos  
Última impressão: 29/10/2008 15:08:00  
Como a última impressão  
Número de páginas: 111  
Número de palavras: 24.147 (aprox.)  
Número de caracteres: 130.399 (aprox.)