

O juízo de equidade como antecedente e base para os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade

*The judgment of equity as antecedent and basis for the concepts of
reasonableness and proportionality*

José Ricardo Cunha¹

RESUMO

O presente artigo apresenta o conceito de equidade como base e fundamento para as ideias de razoabilidade e proporcionalidade. Para tanto apresenta um nexo de vinculação entre lei e justiça e, posteriormente, a origem do conceito de equidade a partir da filosofia de Aristóteles. Por fim, traça o percurso que consolidou as ideias de razoabilidade e proporcionalidade como vedação do excesso e mostra a conexão desse percurso com o conceito de equidade.

Palavras-chave: equidade; razoabilidade; proporcionalidade

ABSTRACT

This article presents the concept of equity as the basis and foundation for ideas of reasonableness and proportionality. In order to do so, it presents a link between law and justice and, later, the origin of the concept of equity from the philosophy of Aristotle. Finally, it traces the course that consolidated the ideas of reasonableness and proportionality as a fence of excess and shows the connection of this path with the concept of equity.

Keywords: fairness; reasonableness; proportionality

¹ Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: jr-cunha@uol.com.br

1. Lei e Justiça

É comum que o conceito de lei seja utilizado de modo a se levar em conta apenas seu enunciado e não os seus fundamentos, isso é, a lei como prescrição objetiva ou técnica e não como forma de realização da justiça. Quem tem em mente uma ideia mais ampla de lei ou quem pretende levar em conta seus fundamentos axiológicos deverá, então, reconstruir seu conceito. Para tanto, é necessário compreender que um conceito é, antes de mais nada, a condensação de vários elementos unidos dentro de um determinado plano de significação², onde cada elemento pode se tornar mais ou menos intensivo de acordo com a ordenação interna operada no próprio conceito. Nesse sentido, todos os conceitos possuem variações que lhes conferem permanente dinamicidade e contínua abertura. Tudo depende da sineidesia³ realizada pelo artífice do conceito: *As relações no conceito não são de compreensão nem de extensão, mas somente de ordenação, e os componentes do conceito não são nem constantes nem variáveis, mas pura e simples variações ordenadas segundo sua vizinhança. Eles são processuais, modulares. O conceito de um pássaro não está em seu gênero ou sua espécie, mas na composição de suas posturas, de suas cores, e de seus cantos: algo de indiscernível, que é menos uma sinestesia que uma sineidesia.*⁴ Nesse sentido o conceito é resultante não de um movimento simplesmente calculador da razão instrumental que observa e classifica, mas sim de uma atividade mais profunda do pensamento que busca as características peculiares como constitutivas do ente. Assim como o conceito de um pássaro pode ser pensado levando em conta a beleza de sua plumagem, para além da classificação da espécie, o conceito de lei também pode ser pensado pelo seu fundamento de justiça e por sua inserção social e histórica, para além do ato formal de vontade da autoridade competente que o instituiu como norma. O conceito de lei não necessariamente precisa ficar preso aos pressupostos técnico-formais como pretendem os positivismo nem às suposições metafísicas dos jusnaturalismos. Ele também pode levar em

² - Cf. CUNHA, José Ricardo. *Direito e Estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 56-57.

³ _ Sineidesia é uma expressão filosófica própria da Filosofia de Gilles Deleuze e Félix Guattari que pode ser entendida como “reunião em função da essência”.

⁴ - DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Félix. *O que é a Filosofia?* Rio de Janeiro: Editora 34, 1992, p. 32.

conta o conjunto das variações que dizem respeito à idéia de direito, ao ordenamento jurídico concreto e às suas finalidades e fundamentos.

Como ser da cultura, o ser humano não nasce pronto e acabado, mas vai se forjando na medida de sua relação com o mundo, ou seja, na medida em que vai produzindo o mundo como seu, dando-lhe sentido específico a partir do universo de valores que institui. A garantia de tais valores e a possibilidade de sua concreção, também realiza-se por intermédio do direito; portanto, há que se considerar que uma compreensão do conceito de lei que vá além da técnica e busque seus fundamentos axiológicos é uma tarefa ética humanizante.⁵ Na verdade, a própria natureza humana se define por essa mediação institucional com o direito e a justiça, consoante conhecida lição de Aristóteles:

Mas, assim como o homem civilizado é o melhor de todos os animais, aquele que não conhece nem justiça nem leis é o pior de todos. Não há nada, sobretudo, de mais intolerável do que a injustiça armada. Por si mesmas, as armas e a força são indiferentes ao bem e ao mal: é o princípio motor que qualifica seu uso. Servir-se delas sem nenhum direito e unicamente para saciar suas paixões rapaces ou lúbricas é atrocidade e perfídia. Seu uso só é lícito para a justiça. O discernimento e o respeito ao direito formam a base da vida social...⁶

Sendo o direito a base da vida social, é necessário que seja um poder sociamente legítimo e moralmente justificado. Sua força institucional deve se radicar na aceitação de seus valores, afim de que a ordenação por ele proposta – quer no plano abstrato da lei, quer no plano concreto da sentença – seja suporte adequado para uma sociedade formada por pessoas livres e iguais. O poder jurídico, que é também político, necessário à ordem social deve ser um poder legítimo, onde o exercício da força seja regido pela justiça e onde

⁵ - VAZ, Henrique Lima. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 146.

⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 6.

a *hybris* da violência dê lugar à equidade da *díke*.⁷ Esse é, exatamente, o sentido proposto para o direito pela metodologia construtivista de Rudolf von Ihering. Na famosa conferência proferida em 1872 na Sociedade Jurídica de Viena, Ihering enfatiza a necessidade de luta pelo direito sempre que a sua violação representar um desrespeito à pessoa humana⁸, mostrando, com isso, que o respeito à pessoa é, realmente, o fundamento e o fim último do direito. Para tanto identifica o direito não com uma simples idéia, mas com uma “força viva” movida pela luta e baseada na justiça: *Por isso a justiça sustém em uma das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.*⁹ É claro que o direito tem e deve ter a potência da força. Entretanto a força, para que não seja pura violência arbitrária deve estar legitimada pelos fundamentos éticos da ordem jurídica, por sua capacidade de realizar a justiça. Por isso mesmo, não se pode confinar o conceito de lei nas concepções meramente formalistas, pois a juridicidade requer, para além da pura forma, um compromisso material e efetivo com os valores e princípios consagrados historicamente e presentes no ordenamento jurídico. A balança a que se refere Ihering é o ícone maior desse compromisso, pois mostra claramente que a aplicação da norma jurídica deve basear-se num ideal de igualdade, proporção ou equilíbrio. É a serviço dessa igualdade que deve estar a força do direito, fazendo o mais precisa possível a justiça jurídica, pois como nos lembra Giorgio Del Vecchio: *À balança acresce, como atributo característico da justiça, a espada; a qual na mão da justiça não é apenas símbolo de poder, mas também de precisão: a espada propõe-se, mais do que ferir, cortar nitidamente a matéria da contenda em duas partes iguais, segundo a [mencionada] teoria aristotélica.*¹⁰ Ainda dentro da perspectiva de legitimação recíproca entre justiça e força, afirma Pascal: *A justiça sem a força é impotente, a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem a*

⁷ - VAZ, Henrique de Lima. Ob. Cit., p. 137.

⁸ - IHERING, Rudolf von. *A Luta Pelo Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 45.

⁹ - IHERING, Rudolf von. Ob. Cit., p. 53.

¹⁰ - DEL VECCHIO, Giorgio. *A Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 155.

*força será contestada, porque há sempre maus; a força sem a justiça será acusada. É preciso, pois, reunir a justiça e a força; e, dessa forma, fazer com que o justo seja forte, e o que é forte seja justo.*¹¹ Na mesma perspectiva, Rousseau usa a metáfora de um bandido armado para dizer que este também possui um poder real ou uma força e a obediência que se presta é puro ato de violência; já o direito deve ser obedecido quando repousado sobre poderes legítimos.¹²

Gustav Radbruch, nesse mesmo diapasão, afirma que o conceito de direito é cultural e somente pode ser entendido numa realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de determinados valores.¹³ Negar essa dimensão axiológica da realidade jurídica seria concordar com a utilização do direito como simples instrumento da força ou violência opressora, lavando as mãos quanto as possíveis e drásticas consequências. Esse foi um dos problemas centrais do positivismo jurídico: *Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda também estará o primeiro.*¹⁴ É esta ambiguidade instrumental da força que a impede de ser colocada na posição de fundamento maior do direito, já que pode tanto ser instrumento do justo quanto do injusto. Além do mais, convém recordar que qualquer norma jurídica pode ser cumprida espontaneamente, sem recurso à força.¹⁵ Cumprimento esse que resulta de uma internalização do dever normativo, que pode mesmo resultar de um reconhecimento por parte da consciência ética dos sujeitos dos valores contidos na norma. Por isso, a justiça e não a força, diferentemente do que pensam os positivistas, ocupa o lugar de meta-síntese do direito. São contundentes as afirmações de Radbruch:

¹¹ - PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. In Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 113.

¹² - ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. In Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 26.

¹³ - RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 86.

¹⁴ - RADBRUCH, Gustav. *Ob. Cit.*, p. 415.

¹⁵ - REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 46-48.

Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça... Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deve obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas... Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de sua validade. Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático ceticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.¹⁶

Essa ideia enunciada por Radbruch de que há certos princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que qualquer preceito jurídico positivo, encontrou muita resistência no senso comum dos juristas que, por força de sua formação positivista, acabavam por reduzir a idéia de direito ao direito positivo e, ainda por cima, apenas reconheciam eficácia ou aplicabilidade real às normas que se estruturavam na forma de regras jurídicas, minimizando ou mesmo desprezando os princípios e sua função normativa. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, o debate e a prática em torno do direito foram oxigenados, resultando na abertura da jurisprudência e, sobretudo, da doutrina para as novas perspectivas pós-positivistas do direito que desde antes já eram debatidas no eixo EUA-Europa. Um dos aspectos desse novo debate é

¹⁶ - RADBRUCH, Gustav. Ob. Cit., pp. 416-417.

o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e, mais ainda, do protagonismo normativo que desempenham estes princípios na ordem jurídica. Pela sua maior flexibilidade e permeabilidade, os princípios conseguem revelar e assegurar de forma mais eficiente do que as regras os fundamentos axiológicos do direito. Por isso mesmo eles são essenciais para se compreender melhor o compromisso indeclinável do direito com a justiça, mesmo, e principalmente, diante da lei. Dentre todos os princípios gerais do direito, o que mais se radica no valor ético-jurídico da justiça, reconhecendo-a como meta-síntese do direito é a equidade. A razoabilidade e a proporcionalidade são, na verdade, desdobramentos dessa.

2. Equidade

Durante o auge da influência positivista sobre o direito, este foi visto como uma mera técnica: a técnica jurídica. Esta técnica seria assimilável através da absorção das informações a respeito do direito positivo – papel das faculdades de direito – e reproduzível através da ação dos operadores jurídicos. Nesse caso, a atividade jurídica seria vista como mera repetição de comandos legais e a realidade jurídica seria a manifestação de tais comandos. Para os positivistas, a força e a forma do direito ganham textura manipulável na maneira de sua técnica. O problema dessa concepção é pretender que a idéia de uma técnica é suficiente para açambarcar o mundo jurídico, como se este existisse ao modo de repetições sucessivas e automáticas, destituídas de finalidades e fundamentos. Para além da repetição que caracteriza o conhecimento técnico, o direito se baseia em *reflexão*, o que é próprio de todo saber prático ou ético. Deve-se ter em conta que *...a atividade técnica não exige que o sujeito mesmo que a pratique pondere novamente sobre os meios que lhe permitem atingir seu fim: o sujeito 'é um entendido' nessa atividade. E já que semelhante possibilidade fica de antemão descartada no caso do saber prático, segue daí uma caracterização do domínio ético como aquele em que o saber técnico cede lugar à deliberação e à reflexão.*¹⁷ O direito se faz com base

¹⁷ - GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 54.

em reflexão e deliberação uma vez que os meios adequados para a realização dos fins justos não podem ser totalmente calculados de antemão, mas dependem de cada situação específica. Do ponto de vista da resolução específica dos conflitos, o justo é totalmente relativo ao caso determinado, não se podendo afirmar as ações justas de modo abstrato e geral.¹⁸ Nesse sentido, a filosofia do direito há tempos tem tratado do princípio da equidade como instrumento para um efetivo compromisso com a justiça diante do caso concreto e da lei.

O conceito de equidade remonta a Aristóteles que a denominava de *epieikeia* e a definiu no contexto da ação prática ou ética voltada para a justiça.¹⁹ O raciocínio aristotélico parte da constatação de que a lei é necessariamente genérica, mas essa generalidade, imprescindível à norma jurídica, acaba por acarretar uma incapacidade para regular certos fatos que são marcados por particular peculiaridade: “...toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas é impossível fazer uma afirmação universal que seja correta.”²⁰ Lembra Aristóteles que essa lacuna²¹ não resulta exatamente um erro da lei, mas dos acontecimentos do mundo da vida que têm como característica básica a dinamicidade.²² Diante dessa lacuna ou omissão resultante da generalidade da lei, é justo corrigi-la: “É essa a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade.”²³ Tal correção implica decidir conforme os valores e princípios contidos na lei visando uma regulação justa, na proporção exata do fato, já que a medida da lei é por demais genérica e aplicá-la da maneira que se encontraria mais mal do que bem, como diziam os romanos: *summum jus, summa*

¹⁸ - GADAMER, Hans-Georg. Ob. Cit., p. 52.

¹⁹ - Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. V, 10, 1137b – 1138a. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 336-337.

²⁰ - ARISTÓTELES. Ob. Cit., p. 336.

²¹ - O conceito de lacuna que se depreende do texto aristotélico não diz respeito a ausência de solução jurídica emanada da lei ou do direito – lacuna formal e lacuna material, respectivamente – mas sim, ausência de solução justa emanada do texto literal da lei – lacuna ideológica. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento jurídico*. Brasília: EdUnb, 1991, pp. 140-141.

²² - Idem.

²³ - Idem, *ibidem*.

injuria.²⁴ Segue Aristóteles oferecendo o elucidativo exemplo da Régua de Lesbos; uma régua especial por ser maleável que era utilizada para medir certos blocos de granito: *Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua utilizada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida...*²⁵ Antes de mais nada, cabe notar a advertência aristotélica sobre a regra indefinida que deve acompanhar a coisa indefinida. Não há como estabelecer comandos que garantam a justiça para situações que são indefinidas. Este é um procedimento que somente é possível a posteriori, diferentemente da lei que é sempre regulação a priori. Bem, no exemplo, temos configurado todo o campo do juízo de equidade: as pedras e as molduras lésbicas correspondem ao fato concreto com suas variações e singularidades; a régua tradicional representa a lei que em sua generalidade é dura e inflexível; a régua de chumbo, por sua vez, corresponde à equidade que, sendo maleável ou flexível, é capaz de se ajustar às particularidades da situação, atendendo à exigência de justiça na medida correta do que é demandado pelo fato determinado. O compromisso da equidade nasce e morre no caso concreto e faz sentido em função dos fundamentos que são próprios do ordenamento jurídico. Portanto, o juízo por equidade não é mera liberalidade e clemência da autoridade julgadora, mas aplicação do direito conforme suas finalidades. Assim se manifesta Gadamer: *Pode acontecer que, devido às características de uma situação concreta, aquele que aplica a lei seja obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas atenuar o rigor da lei não significa não aplicar o direito que exprime a lei, nem permitir um laxismo ilegítimo. Quando se atenua o rigor da lei não se está ‘renunciado’ a ela; ao contrário, sem essa atenuação não haveria verdadeiramente justiça.*²⁶

Esse enraizamento da equidade no caso concreto a partir de uma idéia de “correção da lei” e de justiça é determinante para lhe garantir uma natureza concreta ou operacional, transformando-a numa espécie de justiça aplicada e, deste modo, superior à justiça teórica ou em abstrato. Por isso Aristóteles a considera igual, mas superior à justiça: *A mesma coisa, pois, é*

²⁴ - CÍCERO. *Dos Deveres*. I, 10. **Apud** BETIOLI, Antonio Bento. São Paulo: Letras e Letras, 1995, p. 349.

²⁵ - ARISTÓTELES. *Ob. Cit.*, p 337.

²⁶ - GADAMER, Hans-Georg. *Ob. Cit.*, p. 53.

*justa e equitativa, e, embora ambos sejam bons, o equitativo é superior... Torna-se assim bem claro o que seja o equitativo, que ele é justo e é melhor do que uma espécie de justiça.*²⁷ Enquanto a lei se apresenta como uma vontade abstrata e ideal, a equidade nasce das relações concretas e materiais do mundo da vida; por isso é mais capaz do que a lei para conduzir o fim maior da justiça àquelas situações muito singulares. Não se pode desprezar este contexto factual como balizamento das decisões concretas, uma vez que nenhuma decisão comprometida com a justiça pode resultar de uma subsunção silogística e formal que prescindida da reflexão e ponderação que são próprias do mundo jurídico como saber prático e ético. É necessário ter em mente que a deliberação equitativa é indispensável devido à complexidade própria das relações sociais e se radica numa exigência do bem comum que além de ser uma finalidade genérica do direito é um princípio para a aplicação da lei disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A partir dos conceitos gerais de lei e equidade é possível fazer o seguinte quadro comparativo:

LEI	EQUIDADE
Genérica	Específica
Abstrata	Concreta
Ideal	Material
A priori	A posteriori
Dedutiva	Indutiva

Numa perspectiva ligeiramente diferente da aristotélica, o direito romano, conforme enfatizado pela doutrina, tendeu mais a considerar a equidade como misericórdia de que como justiça propriamente dita. A grande diferença é que justiça deve ser encarado como aquilo que é devido, ao passo que a misericórdia é uma graça concedida pelo detentor do poder. Essa concepção que se arroga humanitária parece, na verdade enfraquecer o juízo de equidade, pois o remete a um campo extra-jurídico. Nessa linha, *trata-se, na*

²⁷ - ARISTÓTELES. Ob. Cit., pp. 336-337.

*verdade, de humanizar o direito positivo e de flexibilizar a rigidez exterior das regras jurídicas.*²⁸ Quando o Digesto invoca a afirmação de Celso de que o direito é a arte do bom e do justo, interpreta-se que o direito romano ligaria a equidade muito mais ao bom do que ao justo, sendo mais uma benesse humanitária do julgador do que uma exigência ética de justiça. Prevalecendo essa visão, a equidade foi vista, basicamente, como uma espécie de laxismo, gerando uma severa reação por parte do positivismo jurídico, hegemônico a partir do século XIX. Nesse movimento reativo, a equidade foi reduzida à condição de integradora das lacunas formais, voluntárias ou involuntárias²⁹. É o que se constata na Constituição de 1934, no capítulo dos direitos e garantias individuais, que no artigo 113, número 37, determinou: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”. No caso do Direito Positivo brasileiro, com o artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973 e, posteriormente, com o parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015³⁰, a equidade sofreu novo e duro golpe, pois foi restrita aos casos de lacunas formais voluntárias. Entretanto, tendo como base a própria Constituição de 1988 e a conseqüente oxigenação do debate e da prática em torno do direito, estes artigos que restringem a utilização da equidade aos casos previstos em lei passaram a sofrer críticas, especialmente da filosofia do direito, sendo acusados de não terem sido recepcionados pela nova principiologia constitucional. Além disso, foram apontadas como prevaletes sobre tais artigos as normas contidas nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.³¹ Com o artigo 4º, a equidade fica reabilitada para a integração das lacunas formais involuntárias, já que é, por excelência, o

²⁸ - BETIOLI, Antonio Bento. São Paulo: Letras e Letras, 1995, p. 348.

²⁹ - Como visto anteriormente, lacuna formal é a ausência de solução jurídica emanada de lei específica. Tal lacuna pode ter sido consequência de uma intenção do legislador – voluntária – que preferiu remeter a matéria ao juízo do julgador, considerando a complexidade do assunto (vide parágrafo único do art. 723 do CPC, p. ex.), ou pode ter sido consequência da omissão não intencional do legislador – involuntária – que apenas silenciou àquele respeito.

³⁰ - Artigo 127 do CPC (1973): *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.* Artigo 140 do novo CPC(2015): *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

³¹ - Lei de Introdução: Artigo 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Artigo 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

maior dentre todos os princípios do direito. E, finalmente, com o artigo 5º, retoma o sentido original dado por Aristóteles, como justiça do caso concreto na proporção exata da situação. Isso tudo sem falar no artigo 8º do próprio CPC (2015) que afirma: *ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

3. Razoabilidade e Proporcionalidade

Bases do pensamento pós-positivista, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos que muito têm sido debatidos pela doutrina jurídica. Em comum, possuem a idéia de *justa-medida* como fundamento maior do direito. É, exatamente, nessa esteira que podem ser considerados decorrentes da ideia de equidade. Veja-se Aristóteles:

Mostramos que tanto o homem como o ato injustos são ímprobos ou iníquos. Agora se torna claro que existe também um ponto intermediário entre as duas iniquidades compreendidas em cada caso. E esse ponto é a equidade, pois em toda espécie de ação em que há o mais e o menos também há o igual. Se, pois, o injusto é iníquo, o justo é o equitativo, como, aliás, pensam todos mesmo sem discussão. E como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio termo... O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional.³²

O justo ou equitativo, como *termo proporcional* é aquilo que busca o equilíbrio visando fugir do excessivo ou descomedido. Essa disposição psicológica para a fuga do excessivo é melhor compreendida quando se tem em mente o surgimento estrutural da *polis* entre os gregos, no período situado

³² - ARISTÓTELES. Ob. Cit., p. 325.

entre os séculos VIII e VII a.C.³³ Nesse momento, a instituição de práticas públicas e a busca do ideal de igualdade produz um processo de democratização onde a quebra dos mitos religiosos e militares conduz à rejeição do poder colocado acima do comum. O furor guerreiro, a glória particular, a ostentação da riqueza, assim como toda forma de suntuosidade e luxo são condenadas como descomedimento, como *hybris*,³⁴ pois põem em perigo o equilíbrio e a unidade do sistema social. Por outro lado, passa a ser preconizado um ideal de reserva e moderação que “faz desaparecer entre os cidadãos as diferenças de costumes e de condição para melhor aproximá-los uns dos outros...”³⁵ Esse ideal de moderação corresponde ao que os gregos denominavam de *sophrosyne*³⁶ e é a chave para o equilíbrio e a igualdade proporcional entre os cidadãos, portanto para a justiça. *Sophrosyne* se contrasta com *hybris* e é, para os gregos, a fórmula da nova sabedoria, sendo “feita de temperança, de proporção, de justa medida, de justo meio.”³⁷ Essa nova mentalidade da *polis* será a base para o processo de transformação mais radical que se operará a partir da Reforma Constitucional de Sólon, século VI a.C., chegando até o período vivido por Aristóteles, século III a.C., que mantém esse ideal nas suas concepções de ética e, portanto, de justiça. Portanto, o princípio da equidade, conforme exposto por Aristóteles, corresponde à aplicação particular no campo da ética do ideal geral e humanístico de *sophrosyne*, conforme a tradição grega orientada pela democracia nascente.

Sendo a equidade a justa medida e a proibição do excessivo e do descomedido, ela realmente pode ser apontada como princípio-matriz para a razoabilidade e a proporcionalidade que, em linhas gerais, são também

³³ - VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994, p. 34.

³⁴ - Cf. VERNANT, Jean-Pierre. Ob. Cit., p. 44-45. *HYBRIS*: “Tudo o que ultrapassa a medida, excesso, desmedida; em geral, indica algo impetuoso, desenfreado, violento, um ardor excessivo.” CHAUI, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 350.

³⁵ - VERNANT, Jean-Pierre. Ob. Cit., p. 45.

³⁶ - *SOPHROSYNE*: “Estado de saúde e perfeição do corpo e do espírito. Moderação, temperança, bom senso, prudência, frugalidade. O verbo *sophronizo* significa tornar moderado, temperante, prudente; aprender a conter desejos, impulsos e paixões...” CHAUI, Marilena. Ob. Cit., p. 360.

³⁷ - VERNANT, Jean-Pierre. Ob. Cit., p. 60.

conhecidas como postulados de *proibição do excesso*.³⁸ A proibição do excesso, além de ser um princípio jurídico, é uma idéia geral que assegura a coerência do direito positivo com os fundamentos e finalidades da ordem jurídica, atuando desde a imposição de limites para as normas restritivas de direitos fundamentais até a busca de causas extralegais de exclusão de culpabilidade.³⁹ Dessa forma, assegura o ideal de justiça diante de todo e qualquer norma e/ou ato normativo que se desviem dessa meta maior. Nessa esteira, ao discorrer sobre o postulado da proporcionalidade, Karl Larenz afirma não se tratar de outra coisa senão “*da idéia de justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça.*”⁴⁰ Também Canotilho afirma ser a proporcionalidade uma forma de controle “*de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e a certeza do direito, contribui para a integração do ‘momento de justiça’ no palco da conflitualidade social.*”⁴¹ Na doutrina nacional, encontra-se, em geral, a mesma perspectiva. Veja-se, a título de exemplo, a posição de Luís Roberto Barroso ao afirmar que “*é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia...*”⁴² Assim, razoabilidade e proporcionalidade são corolários do princípio primeiro da equidade, como exigência de justiça apropriada às situações e casos específicos; o que, por seu turno, se apresenta como um caso particular de busca de moderação e equilíbrio, de acordo com o ideal maior de *sophrosyne*.

Compreendida essa matriz jusfilosófica, faz-se necessário esclarecimento de ordem terminológica acerca dos conceitos em tela. É muito comum observarmos na doutrina nacional uma utilização sinonímica entre as

³⁸ - Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, pp. 38-40: *Princípio da Proporcionalidade (razoabilidade) ou da Proibição de Excesso*; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 261: *O princípio da proibição do excesso*.

³⁹ - Canotilho assevera que embora a proibição do excesso tenha como mais importante campo de aplicação o da restrição de direitos, seu domínio lógico de aplicação estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie, do direito administrativo ao direito civil, do direito penal ao direito processual etc... CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ob. Cit.*, p. 266.

⁴⁰ - LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 585.

⁴¹ - CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ob. Cit.*, p. 264.

⁴² - BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

palavras *razoabilidade* e *proporcionalidade*, atribuindo-se ao primeiro a tradição anglo-saxã e ao segundo a tradição germânica. Essa forma de utilização dos termos é bastante compreensível quando se leva em conta a matriz comum baseada na equidade, no senso de justiça e no ideal de *sophrosyne*. Assim, reconhecendo a extrema proximidade e quase fungibilidade que mantém os dois termos, qualquer distinção apresentada será de ordem histórica e não conceptual. Isso não quer dizer que outros estudos minudentes não possam buscar e estabelecer particularidades acerca destes conceitos, apenas que isso não será feito aqui.

A razoabilidade e proporcionalidade são postulados jurídicos fundados sobre uma cláusula máxima de compatibilidade entre os meios propostos e os fins pretendidos, o que os aproxima das idéias gerais de *aceitabilidade*⁴³ e *adequabilidade*⁴⁴. Isso quer dizer que qualquer norma jurídica ou ato normativo para que seja ética e juridicamente aceitável deve manter absoluta coerência entre os meios propostos e os fins almejados, isto é, os meios devem ser adequados em relação aos fins (não devem ficar nem aquém nem além deles) que, por sua vez, devem ser adequados em relação aos princípios da ordem jurídica. Nesse aspecto, é impossível não aludir à natureza *tomista* desses postulados, pois Santo Tomás de Aquino ao tratar da Lei Humana foi claro ao estabelecer que a Lei deve ser justa em razão de sua *forma*, o que significa que ela deve oferecer tratamento *proporcional* entre os súditos.⁴⁵ A proporção, na linguagem tomista, implica o alcance do bem comum de acordo com o tratamento baseado na justa medida para cada pessoa e situação. Não é em outro sentido que razoabilidade e proporcionalidade preconizam a adequação entre meio e fim como fundamento essencial do direito que deve estar presente em qualquer norma ou ato normativo. Luís Roberto Barroso assim afirma:

⁴³ - Cf. AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 357-397.

⁴⁵ - Cf. AQUINO, Tomás de. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Petrópolis: Vozes, 1995, pp. 102-103.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.⁴⁶

Segundo a tradição anglo-saxã, a idéia de razoabilidade remonta ao século XIII, mais especificamente à cláusula *law of the land* inscrita na Magna Carta – *Magna Charta Libertatum* – de 1215: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens (*disseisiatum*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).”⁴⁷ Aqui percebe-se a exigência de que a ação reguladora e concreta da norma ou do ato jurídico não se insurja contra o próprio direito, violando seus princípios e fundamentos. Por isso mesmo a aplicação da norma deve se dar conforme um juízo legal ou, de maneira geral, conforme um direito conhecido e reconhecido por todos. Não é razoável que o Estado, através da norma, viole o direito para se afirmar. Modernamente, a ideia da razoabilidade foi consagrado na Constituição dos EUA, mais precisamente na 5ª e 14ª Emendas à Constituição,⁴⁸ que registram a obrigatoriedade do devido processo

⁴⁶ - BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., pp. 216-217.

⁴⁷ - Magna Carta, 39 **apud** COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 70.

⁴⁸ - Estabelece a 5ª Emenda, dentre outros direitos fundamentais, que “ninguém poderá ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal”; no mesmo sentido a Emenda 14ª

legal, conhecidas como cláusulas do *due process of law*. O sentido último do devido processo legal é o de proteção do indivíduo em face de qualquer poder opressor. Esta proteção deve se tornar efetiva na forma do acesso à justiça, seja no sentido formal – *procedural due process* – seja no sentido material – *substantive due process*.⁴⁹ O poder opressor, desmedido e excessivo é *hybris*; a justiça que se busca como forma de proteção é *sophrosyne* e o instrumento jurídico de garantia desta justiça concreta é o postulado da razoabilidade ou proporcionalidade.

Numa trajetória paralela, mas com parâmetros semelhantes aos anglo-saxões, a tradição jurídica germânica sistematizou o conceito de proporcionalidade – *verhältnismässigkeit* – a partir da idéia originária da proibição do excesso – *übermassverbot*. Essa trajetória é historicamente compreensível quando se tem em conta a experiência do nazismo e as drásticas consequências geradas para o mundo inteiro, inclusive para a própria Alemanha. A prática nefasta do totalitarismo de Estado apontou com veemência a necessidade de uma proteção incondicional dos direitos fundamentais a partir da premissa da dignidade da pessoa humana. Daí o sentido do artigo 19, alínea 2 da Constituição Alemã de 1949 que consagra o chamado “Princípio da Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais”. Segundo Konrad Hesse, a violação do núcleo essencial se produz quando um direito fundamental é tão limitado que “*não mais pode desenvolver eficácia na vida da coletividade*.”⁵⁰ Para que não ocorra tal violação, a restrição de direitos fundamentais só pode ocorrer através de lei que indique expressamente o direito a ser restringido (Artigo 19, alínea 1 da Constituição Alemã de 1949), desde que tal restrição não retire, em tese ou na prática, a eficácia do direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Diante do desafio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a doutrina alemã desenvolveu e consolidou a idéia de que toda norma ou ato

estabelece que “nenhum estado poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal...”

⁴⁹ - Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., pp. 210-214; BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 139-141.

⁵⁰ - HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 267.

normativo deve possuir dois requisitos básicos: 1) a garantia da eficácia dos meios que propõe; 2) a certeza de ser o meio proposto o menos oneroso possível para o indivíduo ou grupo social.⁵¹ Com base nessa orientação doutrinária, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha assumiu sua delegação constitucional de protetor dos direitos fundamentais. Em vários casos onde estes direitos entraram em rota de colisão, o Tribunal Constitucional consagrou acórdãos⁵² que buscaram garantir certo direito fundamental sem, contudo, anular completamente o outro direito colidente, conformando o conceito jurídico de *proporcionalidade*, marcado pela exigência de proteção à dignidade humana através da menor restrição possível aos direitos fundamentais do homem. Paradigmática foi a decisão proferida em 1971 por aquela Corte:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.⁵³

A partir desse ponto e com ulterior desenvolvimento da doutrina, chegou-se ao nível atual de entendimento sobre o postulado da proporcionalidade, a partir de três “subprincípios” que lhe são constitutivos:

1. *Conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit)*

Este princípio impõe que a medida proposta – norma ou ato normativo – seja apropriada às finalidades almeçadas, isto é, que os meios adotados sejam conforme os fins pretendidos e, por isto, eficazes na consecução destes. Fere o princípio da adequação todas as medidas que não se mostrem aptas ao alcance de seus objetivos.

⁵¹ - Cf. LARENZ, Karl. Ob. Cit., pp. 585-586.

⁵² - Cf. LARENZ, Karl. Ob. Cit., pp. 490-500.

⁵³ - *BverfGE*, 30, 292 (316). Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 219.

2. *Exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit)*

Este princípio, também conhecido como da *menor ingerência possível*, impõe a prova de que a autoridade criadora da norma não poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para o(s) destinatário(s) da norma. Fere o princípio da necessidade todas as medidas que não sejam as menos gravosas possíveis para o indivíduo.

3. *Proporcionalidade em sentido estrito (verhältnismässigkeit)*

Este princípio, também conhecido como da *ponderação de interesses*, impõe que o resultado obtido seja capaz de trazer um benefício maior do que o ônus imposto pela medida, isto é, o meio de intervenção proposto pela norma se justifica não apenas por atingir o resultado almejado, mas quando esse resultado consegue uma melhora efetiva na situação de garantia de direitos do indivíduo. Fere o princípio da proporcionalidade em sentido estrito toda medida que seja desproporcionada em relação ao fim, ou seja, imponha um ônus maior do que o ônus.⁵⁴

Na síntese de Willis Santiago Guerra Filhos temos que “*uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as desvantagens que trará superarem as desvantagens.*”⁵⁵

O sentido de justiça como equilíbrio, justo meio ou justa medida conforme as condições materiais, foi reabilitado no âmbito da técnica jurídica, após longo período de hegemonia positivista, pelos conceitos de razoabilidade ou proporcionalidade, aproximando, dessa maneira, os conceitos de validade formal e validade ética da norma. Levando-se em consideração a complexidade própria do direito, não poderia ser diferente, já que nenhuma norma, conceito ou instituto jurídico podem ser corretamente compreendidos quando dissociados dos elementos que constituem a realidade interna e externa do ordenamento jurídico. Além do mais, o direito é complexo porque é

⁵⁴ - Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit., pp. 264-265; BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., pp. 219-220; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. Ob. Cit., pp. 125-135; MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. Cit., pp. 39-40.

⁵⁵ - Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional* apud Barroso, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 220.

vivo e, como tal, dinâmico e em desenvolvimento e, por isso, em constante mudança. É, exatamente, nessa perspectiva que Karl Larenz situa a proporcionalidade, ao identificá-la como o resultado do desenvolvimento judicial do direito para além do plano da lei, como resultado do caráter sistemático do direito e das exigências éticas que lhe fundamentam.⁵⁶ Portanto, a proporcionalidade ocupa um lugar privilegiado no direito, pois mesmo estando inscrito no Direito Positivo – de forma escrita ou não-escrita – ela mesmo não se sujeita a uma disputa com os demais princípios na medida em que é, antes de mais nada, critério para a concreção da ordem jurídica, em especial dos direitos fundamentais, no sentido da justiça. Isso quer dizer que a proporcionalidade pode ser entendida como *fundamento* do direito e supra princípio do direito positivo, podendo, por isso mesmo, encarnar um lugar de meta-síntese do direito. Não é outro o ponto de vista de Robert Alexy que ao tratar da estrutura das normas de direito fundamental, articula sua teoria dos princípios com a *máxima da proporcionalidade*⁵⁷, onde esta é considerada, ao mesmo tempo, princípio e instrumento de concreção de princípios:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación.⁵⁸

⁵⁶ - LARENZ, Karl. Ob. Cit., pp. 443-596.

⁵⁷ - ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 111-115.

⁵⁸ - ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 112.

Konrad Hesse, que também exerceu a função de juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao comentar a proteção dos direitos fundamentais e as hipóteses de restrição, adota a mesma postura:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.⁵⁹

Nessa posição de Hesse fica evidente como a Proporcionalidade é supra princípio do direito positivo na medida em que atua como critério para a concreção dos demais direitos. Assim sendo, o Tribunal Constitucional Federal tratou de interpretar a Lei Fundamental da Alemanha, entendendo que a proporcionalidade é a *máxima da constituição*, servindo como referência hermenêutica para a concreção de seus valores. Nas demais culturas jurídicas onde a constituição consagrou os direitos fundamentais, civis e políticos e/ou sociais e econômicos, como o centro da ordem constitucional, como é o caso brasileiro, pode-se chegar à mesma conclusão: a proporcionalidade é, ao mesmo tempo, princípio jurídico e critério hermenêutico de eficácia dos direitos. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é norma jurídica de máxima eficácia, pois vincula todos os atos dos poderes públicos: vincula o legislador no ato da atividade legiferante, o administrador público nos seus atos administrativos e o juiz de direito na sua atividade jurisdicional, já que sempre deve decidir conforme a proporcionalidade.⁶⁰ Com efeito, a proporcionalidade ou a razoabilidade têm sido apontadas como mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, permitindo ao judiciário invalidar leis e atos administrativos que não atendam aos critérios de adequação,

⁵⁹ - HESSE, Konrad. Ob. Cit., p. 256.

⁶⁰ - Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit., pp. 266-267.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶¹ Ainda nessa linha, a proporcionalidade não é apenas um parâmetro para o Poder Público, mas, igualmente, para o indivíduo na sua vida privada que deve procurar conduzir-se e manter suas relações jurídicas dentro do que é razoavelmente esperado.⁶² Todas as categorias jurídicas de direito privado, tais como contrato e propriedade, também são crivadas pela exigência de proporcionalidade, até porque não há como se entender o direito na sua complexidade mantendo dicotomias do tipo *direito público* e *direito privado*.⁶³

Finalmente, é imperativo considerar a proporcionalidade dentro do *status* constitucional, a partir da Constituição brasileira de 1988. Como é sabido, o principal conjunto de direitos fundamentais está colocado, não exaustivamente, no Título II da Constituição – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – através dos vários capítulos definidores de direitos civis, sociais, de nacionalidade e políticos. Nesse elenco, não aparece expressamente o princípio da proporcionalidade, todavia este pode ser facilmente inferido através da análise das normas de direitos fundamentais que estabelecem os preceitos mas também a medida desses direitos.⁶⁴ Além disso, estão consignados na Constituição Federal os fundamentos maiores do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quais sejam: a dignidade da

⁶¹ - Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 234.

⁶² - Cf. ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 352.

⁶³ - Basta lembrar que ramos como Direito do Trabalho, Direito de Família e Direito do Consumidor não se enquadram na tradicional classificação de público ou privado e estão sendo, cada vez mais, encarados como direitos econômico-sociais. Vale ainda lembrar o Trabalho do jurista italiano Pietro Perlingiere no desenvolvimento do Direito Civil Constitucional.

⁶⁴ - O princípio da proporcionalidade está presente ao longo de todo o texto constitucional, mas pode-se percebê-lo facilmente no artigo 5º quando as proposições aparecem ponderadas. Por exemplo: inciso IV – é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato; XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou ainda para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial; XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá sua função social etc. Cf. BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. Ob. Cit., pp. 144-151. Vale também assinalar a posição de Paulo Bonavides que afirma: "*Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a cautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo* [princípio da proporcionalidade] *já implícito e, portanto, positivado em nosso direito constitucional*" BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 396.

pessoa humana (artigo 1º, inciso IV), o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput).⁶⁵ Ainda nessa linha de raciocínio, deve-se invocar o parágrafo 2º do artigo 5º que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ora, em sendo assim, é forçoso reconhecer que, seja como princípio positivado não-escrito, seja como decorrência dos princípios do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, iluminado pelo valor da dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade deve ser considerada como **direito fundamental da pessoa humana**, exigível por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal. Em termos práticos, isso significa que o indivíduo, cidadão administrado ou jurisdicionado, tem o direito fundamental à proteção inscrita na ideia de proporcionalidade, ou seja, tem o direito à intervenção menos gravosa da norma jurídica ou do ato normativo, o que pode ser garantido através da tutela jurisdicional, onde, por sua vez, o juiz terá o poder-dever de decidir conforme a razoabilidade ou proporcionalidade procurada.

A colocação do ideal de *sophrosyne* no horizonte utópico do direito contemporâneo, e o compromisso com a justiça através do princípio da equidade e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade revelam, claramente, como a justiça pode e deve ser compreendida como meta-síntese da razão jurídica, ao mesmo tempo que apontam para superação da crise provocada pelo raciocínio disjuntivo do positivismo jurídico que insistiu na separação entre ética e direito. Vale a reflexão de Lima Vaz:

As sociedades políticas contemporâneas encontram no âmago da sua crise a questão mais decisiva que lhes é lançada, qual seja da significação ética do ato político ou da relação entre ética e direito. Na verdade, trata-se de uma questão decisiva entre todas, pois da resposta que

⁶⁵ - O Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito já foi reconhecido e consagrado como fonte primária donde se desdobra o princípio da proporcionalidade tanto pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha como pela doutrina nacional e internacional. Cf. LARENZ, Karl. Ob. Cit., p. 514; BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 228. Para uma visão geral das fontes donde se deduz o princípio da proporcionalidade Cf. ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 115.

para ela for encontrada irá depender o destino dessas sociedades como sociedades políticas no sentido original do termo, vem a ser, sociedades justas. A outra alternativa que se esboça no horizonte é a dessas sociedades como imensos sistemas mecânicos dos quais a liberdade terá sido eliminada e que se regularão apenas por modelos sempre mais eficazes e racionais de controle do arbítrio dos indivíduos, já então despojados da sua razão de ser como homens ou como portadores do ethos.⁶⁶

Referências

AARNIO, Aulus. ***Lo Racional como Razonable***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales***. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AQUINO, Santo Tomás. ***Suma Contra los Gentiles***. Volume 1. Madrid: La Editorial Católica, S.A., 1967.

AQUINO, Tomás de. ***Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino***. Petrópolis: Vozes, 1995.

ARISTÓTELES. ***A Política***. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARISTÓTELES. ***Ética a Nicômaco***. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. ***Interpretação e Aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora***. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁶ - VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 180.

- BATIFFOL, Henri. ***A Filosofia do Direito***. Lisboa: Editorial Notícias, [s.d.].
- BETIOLI, Antonio Bento. São Paulo: **Letras e Letras**, 1995.
- BOBBIO, Norberto. ***Igualdade e Liberdade***. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. ***Teoria do Ordenamento jurídico***. Brasília: EdUnb, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. ***O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição***. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição***. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. ***Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles***. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. ***A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos***. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, José Ricardo. ***Direito e Estética: fundamentos para um direito humanístico***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- DEL VECCHIO, Giorgio. ***A Justiça***. São Paulo: Saraiva, 1960.
- DELEUZE, Gilles; GUATARRI, Félix. ***O que é a Filosofia?*** Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.
- HESSE, Konrad. ***Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- IHERING, Rudolf von. ***A Luta Pelo Direito***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LARENZ, Karl. ***Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica***. Madrid: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. In Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PLATÃO. **Protágoras**. 320 c – 322 d = 80 c l.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. In Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e Valor do Direito: introdução à filosofia jurídica**. Portugal, s.l., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia II: ética e cultura**. São Paulo: Loyola, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.