

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 155

julho/setembro – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal

Mariá Brochado

Sumário

1. Introdução. 2. Questão prolegômena: o processo na órbita constitucional. 3. O devido processo legal. 3.1. Notícia histórica do instituto. 3.2. As fases do devido processo legal: adjetiva e substantiva. 3.3. O devido processo legal atualmente. Algumas considerações críticas sobre o tema. 4. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e sua aplicação em matéria de direitos fundamentais. 4.1. Conceito e sentidos do princípio da proporcionalidade. 4.2. A proporcionalidade e os direitos fundamentais. 5. A proporcionalidade e o devido processo legal. 6. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal no sistema jurídico brasileiro. 7. Ainda algumas considerações sobre o tema. 8. Tripla conclusão: Sistêmica, Técnica e Ontológica.

1. Introdução

O pensamento jurídico contemporâneo tem-se defrontado com um dos problemas mais importantes no que diz respeito à aplicação do direito: a efetivação judicial dos direitos fundamentais. O problema da declaração desses direitos, parece, tem sido solucionado desde a Revolução de 1789, mas hoje a grande questão é o momento da aplicação, em que podem surgir conflitos entre tais direitos ou princípios que resguardam o Estado Democrático de Direito, o que tem exigido da jurisprudência constitucional, com base no desenvolvimento da Doutrina, um acentuado esforço hermenêutico.

Pretende-se com este artigo desenvolver um estudo sobre o tema candente do princí-

Mariá Brochado é Especialista e Mestra em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Professora de Instituições de Direito da Universidade Estácio de Sá, em Belo Horizonte, Professora de Filosofia do Direito e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito do Médio Piracicaba, Professora de Teoria Geral do Direito do Curso de Pós-graduação em Direito do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora de Filosofia do Direito do Curso de Pós-graduação em Direito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, Assessora Jurídica do Gabinete da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte.

pio da proporcionalidade, quer sob a ótica teórico-jurídica, quer sob o prisma do seu desenvolvimento prático, envolvendo, portanto, as posições que tratam do denominado “devido processo legal”.

O trabalho desenvolve-se a partir de duas vertentes: a que considera o tema sob o prisma do *due process of law* e a que o considera como “princípio da proporcionalidade” e tem como objetivo expor as posições doutrinárias mais importantes sobre o assunto, demonstrando a necessidade de elevar o tema a uma consideração jusfilosófica. Justifica-se, portanto, pela relevância científica do tema e pela inegável atualidade.

2. *Questão prolegômena: o processo na órbita constitucional*

Gustav Radbruch aborda a questão processualística numa perspectiva jusfilosófica e, dentro da sua doutrina de bases neokantianas, relaciona o processo aos três lados que, segundo ele, compõem o conceito (ou idéia) de direito. São eles: “a idéia de justiça, a de fim do direito e a da sua segurança ou certeza” (1961, p. 118).

A idéia de fim no direito o coloca em situação de dependência direta com o Estado, ou seja, com os fins preconizados por ele. Já a justiça e a segurança colocam-no em posição de supremacia com relação ao próprio Estado, transbordando “em larga escala para fora dos próprios limites do Estado” (p. 118).

A justiça exige a generalidade e a igualdade da norma jurídica para todos os seus destinatários e a segurança exige a obrigatoriedade do direito positivo, sem se importarem respectivamente com o fato de estar a generalidade da norma jurídica de acordo com os fins estatais, ou a sua obrigatoriedade de ser ou não conveniente para o Estado. Assim, “mesmo que o ‘conteúdo’ do direito possa ser predominantemente determinado pelos fins do Estado, o que, não obstante, permanece indiscutível é achar-se a *forma* do ‘jurídico’, por definição, colocada fora e mais acima de toda influência desses fins” (p. 118).

O princípio da *independência do juiz* não é senão corolário da cautelosa separação feita entre direito e atividade política. O direito nasce de fins, mas se torna independente deles, impondo-se posteriormente por uma “autovalidade”, que se expressa na sua obrigatoriedade (ou força vinculante) (p. 119). Qual seria o papel do processo diante dessas três idéias?

Com relação à finalidade do direito, temos que o direito processual tem como objetivo auxiliar a realização do direito material; contudo, vale por si mesmo, “é obrigatório, não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como até mesmo no de prejudicar essa realização” (p. 120). E Radbruch acrescenta que o direito não conhece imperativos hipotéticos, inclusive o próprio direito processual, cuja validade independe do seu valor como meio para atingir um fim. Até o direito processual, com toda a sua definição finalística, só conhece imperativos categóricos, que valem por si mesmos, em face da obrigatoriedade própria do direito positivo (p. 120).

A independência entre direito material e direito formal distingue dois tipos de relação jurídica: a relação jurídica processual e a relação jurídica material. Tal distinção traz algumas conseqüências práticas que vão-se concretizar sob a forma da segurança no direito. Radbruch se refere à questão da prova em direito. Segundo ele, um advogado pode, por exemplo, pedir a absolvição do réu, alegando a falta de provas sobre a prática de um determinado delito, mesmo sabendo pessoalmente da sua culpabilidade. Quando o faz, “não deixa de advogar o direito, conquanto esse direito seja um direito puramente formal e não material” (p. 121). Essa obrigatoriedade do direito processual, ainda que em oposição ao material, justifica-se pelo valor da segurança jurídica. Assim, a sentença transitada em julgado adquire força independentemente de se encontrar em harmonia com o direito material.

Podem aparecer situações em que haja tal injustiça e tal inadequação do direito ao seu fim, que o valor da segurança jurídica

não consegue compensar. É o problema da nulidade absoluta de certos casos julgados, em virtude de vícios que colocam em risco a própria idéia de direito: “a razão que se eleva contra a força obrigatória da sentença...é ainda uma razão nascida dessa mesma idéia de segurança, ou seja, a mesma que reclama a própria efetivação do direito material e formal” (p. 128).

Conceituando o processo *em si mesmo*, como desenvolvimento autônomo, o que justamente garante a sua obrigatoriedade ou “autovalidade”, como entende Radbruch, podemos entendê-lo como o “conjunto de atos, fatos ou operações que se agrupam de acordo com certa ordem, para atingir um fim, cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses jurídicos. Estes atos e formas, que movimentam a vida jurídica, fornecem-nos a primeira idéia de processo” (BARACHO, 1984, p. 117).

Sobre a discussão quanto à *relação jurídica de direito processual*, o jurista italiano Elio Fazzalari não a admite inserida no conceito de processo, como anota Cintra, Grinover e Dinamarco. Define processo como o procedimento realizado em contraditório, e, no lugar de uma composição *restrita* sob a forma de relação jurídica, deve-se possibilitar uma abertura à participação no processo, participação essa garantida constitucionalmente. Esclarecem ainda que, “na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório” (1998, p. 283).

A idéia de processo se engrandece quando pressuposta como própria garantia da pessoa humana, ou seja, quando assim é considerada pelas Constituições dos Estados democráticos. O processo aparece vinculado à moderna concepção de Estado Social de Direito¹, no sentido de que “o Estado Social de Direito, como Estado de Justiça, visto sob o ângulo do ordenamento constitucional e suas relações com as categorias processuais, deve tornar possível a justiça a

todos os governados, com apoio nos direitos humanos mais importantes: o direito à justiça e à jurisdição” (BARACHO, 1984, p. 128)². O Estado Social de Direito pode ser entendido como Estado de Justiça no sentido de que nele a mera legalidade formal pode ser substituída ou acompanhada de considerações sobre o conteúdo, apoiadas não em valores do indivíduo isolado, mas nos da pessoa associada, os quais podem constituir-se em uma ordem baseada na solidariedade (ZAMUDIO, 1980, p. 76).

Dado que o processo é a própria forma que possibilita a garantia da pessoa humana; dada a relevância da tutela dessa garantia por todos os ordenamentos jurídicos atuais, enquanto expressão da garantia a direitos humanos, torna-se imprescindível sua positivação sob a forma de garantias constitucionais, em última análise, sob a forma de direitos constitucionais fundamentais³.

Partindo dessa conclusão, podemos compreender melhor a extensão da necessidade de uma reflexão vinculada entre processo e Constituição no mundo contemporâneo. Nesse sentido aparece o processo constitucional, que, como explica José Alfredo de Oliveira Baracho, “abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional” (BARACHO, 1984, p. 125-126).

Como a proposta deste estudo é desenvolver os temas “princípio da proporcionalidade” e “devido processo legal”, limitar-se-á ao aspecto tutelar constitucional do processo, enquanto engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem (p. 126). Não trataremos especificamente da organização judiciária enquanto tutelada constitucionalmente, e nem da jurisdição constitucional enquanto controle judiciário da constitucionalidade das leis, atos administrativos e liberdades. Nosso objetivo é principiológico e não estrutural ou procedimental. Nesse sentido é que trataremos do princípio da proporcionalidade

e de sua expressão no devido processo legal, com seus postulados fundamentais.

Ressaltemos, ainda, que o Direito Processual Constitucional não se apresenta como ramo autônomo do Direito Processual, mas sim, o que também é enfatizado por Oliveira Baracho, como “uma colocação científica de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (p. 125).

3. O devido processo legal

3.1. Notícia histórica do instituto

O instituto do devido processo legal tem sua origem na Magna Carta do Rei João “Sem Terra”, já no limiar do século XIII, inicialmente concebido como simples limitação às ações reais. Foi positivado expressamente no art. 39 daquele documento, a princípio sob a locução *law of the land*, “que assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários da terra (*state holder*), a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da ‘lei da terra’” (CASTRO, 1989, p. 9-10). Aqueles direitos só poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais.

Posteriormente a expressão *law of the land* foi substituída pelo *due process of law*, ingressando desde o primeiro instante nas colônias inglesas da América do Norte, sendo posteriormente consagrado em definitivo pela Constituição Americana, como garantia fundamental, com as 5ª e 14ª Emendas àquele Diploma Legal (p. 11).

3.2. As fases do devido processo legal: adjetiva e substantiva

O *due process of law* sofreu imensa evolução imerso dentro do sistema norte-americano, transformando-se num autêntico parâmetro de justiça, inspirando todo o orde-

namento jurídico da América do Norte. Essa transformação de simples garantia processual em princípio de “justiça” entre o Estado e indivíduo e Estado e Sociedade foi, segundo Siqueira Campos, muito bem percebida pela jurística brasileira no pensamento de José Alfredo Baracho, a quem cita muito apropriadamente:

“As expressões *law of the land* e *due process of law* examinadas conjuntamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deram origem à construção jurisprudencial, com o objetivo de proteção aos direitos do indivíduo, em especial em matéria de garantias processuais⁴. Com o tempo, a cláusula do *due process of law* passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. Esta ampliação de sentido propiciou a limitação constitucional dos poderes do Estado’...” (apud CASTRO, 1989, p. 58).

E acrescenta que, pelo fato de a cláusula do *due process of law* ter sempre estado associada ao sistema de liberdades fundamentais, acabou assumindo nítida postura “substantiva” e limitadora do mérito das ações estatais, “tornando-se o paladino dos ideais privatistas na luta contra o avanço avassalador do Estado que teve lugar a partir do 1º pós-guerra” (CASTRO, 1989, p. 58-59).

Como podemos observar, o devido processo legal passou fundamentalmente por duas fases:

a) *uma fase chamada adjetiva (procedural due process)*: com seu conteúdo clássico de garantia do réu, destinando-se apenas ao processo penal, continha a exigência de um procedimento regular, a garantia do contraditório, da ampla defesa, da representação por advogado, o direito ao julgamento por júri legalmente constituído, entre outros. Posteriormente, a garantia processual estendeu-se ao processo civil e ao processo administrativo.

Nessa sua primeira fase (adjetiva), a expressão devido processo pode ser definida como “o processo que é justo e apropriado. Os procedimentos judiciais podem variar de acordo com as circunstâncias, porém os procedimentos devidos seguem as formas estabelecidas no direito, através da adaptação das formas antigas aos problemas novos, com a preservação dos princípios da liberdade e da justiça” (BARACHO, 1980, p. 89).

Já em 1869, a Corte Suprema Americana havia expressado uma tendência a considerar o *due process of law* como princípio restritivo ao poder legislativo não somente em relação a direitos processuais, mas também a direitos substantivos reconhecidos pelo *common law* (STUMM, 1995, p. 154). Raquel Stumm, citando Juan Francisco Linares, exemplifica essa tendência com um caso julgado pela Corte Americana sobre o direito de propriedade, em 1866, indicando já uma visível evolução no primitivo conteúdo do princípio do *due process of law*:

“A Corte manifestou-se contrária a qualquer tipo de limitação: ‘O poder de regular não é o poder de destruir, e ‘limitação’ não é equivalente de ‘destruição’. Sob a pretensão de regular tarifas e fretes, o Estado não pode exigir a um trem de ferro transportar pessoas e coisas sem remuneração, nem pode esse poder fazer com que esse direito torne-se propriedade privada para um uso público, sem justa compensação ou sem o devido processo legal’.

Nota-se já um acréscimo de conteúdo ao princípio do devido processo legal, que de recurso técnico processual começa a adaptar-se a um ‘recurso técnico axiológico que limita também o legislador’” (1995, p. 153), indicando sua evolução para além das garantias estritamente processuais.

b) *uma fase substantiva*: marcada por uma atribuição quase legislativa aos Tribunais; o *due process* passa a ser invocado para avaliar a constitucionalidade de leis estaduais

e leis do Congresso, a partir da aplicação da chamada “regra da razão” (*rule of reason*), significando que uma lei, para ser considerada razoável, deveria parecer “sensata, digna de aplauso e compreensível aos intérpretes”. A questão problemática é que esse critério de razoabilidade era aferido a partir dos critérios econômicos e sociais da Corte Suprema, e, se, segundo tais critérios, a lei parecesse razoável, era considerada como em acordo com o processo legal regular (STUMM, 1995, p. 155). O Princípio da Razoabilidade teve, assim, sua matriz na cláusula do devido processo legal americano, mais especificamente nesse seu segundo momento chamado “substantivo”.

Acrescentamos que a doutrina menciona três fases na evolução do conteúdo do devido processo legal, sendo a terceira fase também substantiva, mas marcada pelo intervencionismo judicial em questões não-econômicas, que incluíam liberdade de expressão, religião, direitos de participação política e de privacidade. O primeiro momento da segunda fase se caracteriza pela intervenção da Suprema Corte em questões de conteúdo econômico, “como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica” (BARROSO, 1998, p. 201). Não adotamos essa divisão, nem a desenvolvemos mais rigorosamente, porque o objetivo dessa exposição é apenas acentuar o momento de transição da fase meramente processualística do devido processo para a sua fase substantiva, quando aparece com vestes de princípio da razoabilidade.

3.3. *O devido processo legal atualmente*

Atualmente o *due process* não tem limites indefinidos como o foi no passado, logo quando se delineou seu caráter substantivo. A princípio, chegou-se até mesmo a invocar a chamada “doutrina da *judicial notice*”, que implicava a presunção de inconstitucionalidade de toda a legislação social. “Hoje não compete mais à Suprema Corte decidir sobre a necessidade ou plausibilidade da legislação social, pois a presunção

de inconstitucionalidade ou doutrina da *judicial notice*, ‘segundo a qual cumpria aos Estados provar-lhe a necessidade’, não mais tem aplicação” (STUMM, 1995, p. 158).

O devido processo legal atualmente tem um conteúdo necessariamente aberto, possibilitando aos juízes o controle da “razoabilidade e racionalidade das classificações legislativas” (p. 159).

No sistema americano, há uma nítida diferença entre lei e Direito. O conceito de direito se aproxima do conceito de justo, de princípios gerais de Direito, de legítimo, não-arbitrário. “O controle judicial sobre a constitucionalidade das leis erigiu-se sobre a legitimidade das mesmas diante do Direito”. Subjacente ao conceito de Constituição está a idéia de “revelação de uma *justiça fundamental*”, do que decorre que toda lei que for considerada injusta será considerada inconstitucional (p. 159). Na cláusula do *due process*, está a sujeição das regulações concretas do Direito positivo aos princípios superiores do *direito* (p. 160), não um direito fixado em regras imutáveis, “mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa” (DANTAS apud BARROSO, 1998, p. 206).

A questão é saber o que legitima a compreensão da Corte sobre o que é “o mais razoável” a partir de seus próprios critérios, a ponto de elevá-los acima dos critérios adotados pelo Poder Legislativo, considerando-os menos razoáveis quando da elaboração da lei. O que se verifica na verdade é um predomínio marcante do poder judiciário sobre os outros poderes, fazendo com que a Suprema Corte acabe construindo a Constituição. As decisões jurisprudenciais têm muito mais força vinculante do que as próprias leis formais, inclusive no sentido de revogá-las.

Algumas considerações críticas sobre o tema

Sobre o problema dos limites do poder judiciário sobre os atos do poder legislativo, podemos contar com a riqueza dos ensi-

amentos do consagrado jurista-hermeneuta Emilio Betti, que, ao tratar da “discricionariedade absoluta (ou legislativa)”, explica que se trata de uma discricionariedade soberana, que só em caráter excepcional pode ser delegada ao órgão judicial, quando se lhe faculta julgar por equidade.

Segundo Betti, na discricionariedade soberana do poder legislativo, a interpretação volta-se especificamente para o ordenamento estatal das competências estatais, no sentido de determinar preventivamente os limites da competência normativa e eventualmente das diretrizes a ela assinalada pela Constituição. “Por otra parte, ese poder deve *legiferar racionalmente* [grifo nosso], de conformidad con las exigencias político-administrativas emergentes de la vida social y advertidas por la opinión pública, en coherencia con el orden constituido según la lógica de la función normativa y en obsequio a sumos postulados de justicia, todo lo cual constituye una exigencia si no metajurídica, sí más allá del orden jurídico concreto, exigencia cuya observancia ni se lleva a cabo ni se controla con operaciones ‘interpretativas’” (BETTI, 1975, p. 143-144). E mais adiante acrescenta: “La facultad político-legislativa de ‘crear leyes justas en el marco de la constitución’ *no descansa propiamente en límites y controles jurídicos* [grifo nosso], sino sólo en la crítica política en cuanto no se atenga a las exigencias de una, por otra parte elástica, interpretación adivinatoria de las tendencias de la opinión pública” (p. 146).

Betti não cogitou, em sua obra, de uma possível aferição de razoabilidade de atos legislativos por parte do poder judiciário, apesar de ressaltar o dever do poder legiferante de atuar *racionalmente*, de acordo com as necessidades sociais de sua época. Não há, nesse sentido, um controle judicial sobre tal racionalidade. Ao contrário, entendia o jurista não haver mesmo qualquer controle jurídico sobre os atos criadores de leis. A interpretação feita pelo legislativo diz respeito ao conhecimento das tendências da opinião pública, das necessidades político-

sociais de um determinado momento histórico (o que ele chama “interpretación advinatória”).

O que Betti não suscita é a possibilidade de uma interpretação dessa interpretação, ou seja, da interpretação do poder judiciário (recorrendo ao princípio do *due process of law* substantivo) sobre o que o poder legislativo entendeu como a medida mais razoável (ou racional) a ser tomada diante de uma necessidade pública qualquer, o que o levou, a partir dessa “advinhação”, ou da sua interpretação própria, a promulgar uma lei de tal conteúdo. Segundo o devido processo, até essa razoabilidade pode ser conferida, atestada ou não pelo poder judiciário, respaldando-se num princípio supremo, guardião da constituição. A questão é que esse princípio guarda conteúdo indeterminado, indefinido, conteúdo esse que só os casos que forem aparecendo podem desvelar.

Em outras palavras, o *due process* significa que a interpretação política (ou “advinatória”), característica do poder legislativo, acaba sendo realizada pelo poder judiciário, quando passa a questionar a razoabilidade de uma lei, trabalho já desenvolvido pelo poder legiferante. É, na verdade, a revogação de uma lei pelo judiciário quando considerada não-razoável segundo parâmetros do próprio judiciário, “parâmetros fundamentais de direito”, ou a uma “justiça fundamental”, que não se confundem, como já vimos, com o direito posto sob a forma de normas.

Nesse sentido, Laferrière enfatiza que o controle judicial da constitucionalidade das leis se beneficia das garantias da imparcialidade do juiz, do procedimento judicial, da publicidade, do debate contraditório, da motivação obrigatória da sentença judicial etc. Por outro lado, afirma que tal controle deve-se limitar ao orbe jurídico, sob pena de se deformar a instituição. Assim pondera: “... attribuer le contrôle de la constitutionnalité des lois à un juge, c’est mettre en relief cette idée, essentielle si on veut éviter que

l’institution ne dévie et ne se déforme, que ce contrôle est d’ordre strictement juridique, qu’il ne s’agit pas de rechercher si la loi est opportune ou non, bonne ou mauvaise, utile ou nuisible, mais uniquement de vérifier si elle est conforme ou contraire à la constitution” (1947, p. 312).

De conteúdo substantivo indeterminado, o devido processo legal, como salienta Luís Roberto Barroso, “embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual”, o que conclui referindo-se mesmo a um voto proferido na Suprema Corte Americana, que transcrevemos: “Devido Processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a nenhum código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada” (1998, p. 200).

Othon Sidou, ao tratar do contraditório processual, explica que o princípio do contraditório, “praticado nos sistemas jurídicos romano e subsequentes, tomou hoje dimensão maior, por imperativo das práticas democráticas, e é sintetizado na expressão *due process of law*, adotada pelo constitucionalismo norte-americano” (1997, p. 163).

E ainda contamos com a seguinte afirmação de Elio Fazzalari: “viene in ogni caso rispettate, e utilizzato, il principio del *due process of law*, le cui caratteristiche essenziali, secondo l’elaborazione fattane dalla giurisprudenza, consistono nelle garanzie che, nel nostro linguaggio chiameremo del contraddittorio” (1994, p. 14).

Consoante crítica severa do professor Salgado, o devido processo legal nada mais é do que uma tentativa norte-americana de levar para o sistema americano a jurisdição nos moldes continentais, com o contraditório judicial, a ampla defesa e o terceiro neu-

tro, conhecidos antigos da tradição jurídica da Europa Continental. Posteriormente, por falta de embasamento teórico e rigor técnico, os juristas americanos acabaram transformando-o numa espécie de “cartola mágica”, de onde se retiram muitas soluções jurídicas materiais, de índole semelhante à antiga e surrada equidade. Trata-se de uma expressão vazia, em que cabe qualquer conteúdo (1998).

4. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e sua aplicação em matéria de direitos fundamentais

4.1. Conceito e sentidos do princípio da proporcionalidade

Podemos conceituar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 1998, p. 204).

A idéia de proporcionalidade nasceu no Direito Administrativo, mas hoje constitui um princípio de Direito Constitucional e, portanto, com foro constitucional. “Disso resulta que não apenas a Administração e o Poder judiciário vinculam-se a ele, mas também o Legislativo” (STUMM, 1995, p. 110).

Com esse sentido de garantia constitucional, vinculando a qualquer poder, como imperativo das práticas democráticas, o princípio tem sua origem no *due process of law* substantivo americano, e na Alemanha é considerado norma constitucional não escrita, derivada do próprio Estado de Direito (BARROSO, 1998, p. 213).

4.2. A proporcionalidade e os direitos fundamentais

O maior problema colocado pela Ciência Jurídica atualmente é sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em casos de restrições legislativas a direitos fundamentais individuais.

No tocante à relação entre normas que declaram direitos fundamentais e outras normas constitucionais, asseguramos de imediato que realmente há uma prevalência ou hierarquia das primeiras com relação às outras, como depreendido do entendimento de Joaquim Carlos Salgado. O jusfilósofo entende que, na interpretação de uma constituição material, “deve-se observar a preponderância das normas, segundo a ideologia (1996b, p. 32)⁵ adotada ou segundo os valores que formam o seu conteúdo”. Assim, num Estado social-democrático, sob o ponto de vista axiológico, os direitos fundamentais subordinam *a priori* todas as outras normas constitucionais, tendo maior peso nesse sentido (axiológico mesmo). “Nesse caso, dentro da própria declaração ou outorga de direitos há uma ‘hierarquia’ ou ponderação, segundo formação escalonada da própria ordem valorativa” (p. 33).

A doutrina alemã caracteriza o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade)⁶ como o meio empregado pelo legislador, que deve ser ao mesmo tempo *adequado* e *exigível* ao fim almejado. “O meio é adequado quando, com o 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”⁷.

4.2.1. Proporcionalidade como ponderação

Robert Alexy faz exaustiva análise do problema da aplicação do método ponderativo no caso de colisão entre princípios de natureza constitucional fundamental, utilizando, inclusive, demonstrações com recursos à lógica simbólica. Resumiremos em poucas linhas algumas das suas considerações sobre o tema.

O autor parte do pressuposto de que normas-regra se excluem e normas-princípio simplesmente colidem. Disso decorre que, num conflito entre regras que geram consequênci-

as contraditórias, uma delas, pelo menos, deverá ser considerada inválida, caso a contradição não possa ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção.

Sobre esse tema, Emilio Betti considera que os conflitos entre normas jurídicas no tempo são considerados como geradores de *lacunas de colisão*, “colisión entre las discrepantes valoraciones legislativas viejas y nuevas”, surgindo a necessidade de eliminá-las, segundo a exigência de um cânone hermenêutico fundamental, qual seja, o da *totalidade hermenêutica*. Assim, a aplicação das velhas regras de escolha sobre conflitos entre normas contraditórias, com a prevalência da *lex posterior* sobre a *lex anterior*, ou da *lex specialis* sobre a *lex generalis*, com a reserva de que a *lex posterior generalis non derogat legi priori special* (desde que não haja absorção total da matéria), nada mais é do que aplicações particulares daquele cânone fundamental.

Hipótese distinta, assevera Betti, é o caso de *incongruência* ou *desarmonia*, que pode assumir o caráter de uma “inconstitucionalidade material sobrevinda” quando a lei posterior confluyente seja constitucional (uma superlei). No que diz respeito a leis que tenham surgido anteriormente com procedimento formal regular, “puede hablar-se de una invalidación sucesiva de la ley sólo respecto del contenido de la disciplina jurídica, y no ya en el sentido de una inconstitucionalidad formal sobrevenida, obstando a ésta el postulado general de la persistencia de los valores jurídicos, que se hace valer también en la conservación de los preceptos jurídicos” (1975, p. 119-120).

Alexy entende que, no caso de colisões entre princípios, a solução é totalmente distinta, não se valendo das regras mencionadas por Betti. Assim esclarece: “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni

que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, más bien lo que sucede es que, *bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa*” [grifo nosso] (1993, p. 89).

É isso que significa dizer que um princípio tem “maior peso” que outro, ou seja, não se trata de invalidez, pois que ambos princípios são igualmente válidos; a questão é que, diante de certas circunstâncias fáticas, um irá prevalecer (apenas naquele caso concreto) sobre o outro. A isso se chama “mais peso”, e não validez ou invalidez, pois, se a questão é de validade, há necessariamente a exclusão do que não é válido, o que não se verifica no caso de colisão entre princípios.

Para a solução de colisões entre princípios, aparece a figura da “ponderação de bens”, realizada constantemente pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao que Alexy recorre para dar muitos exemplos.

Tomados em si mesmos, os princípios podem limitar a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Porém, como já esclarecemos, isso não quer dizer que se invalidam, mas que um terá prevalência sobre o outro *sob certas condições* oferecidas pelo caso concreto, o que Alexy chama “relação de precedência condicionada”.

A questão sobre a violação do princípio da proporcionalidade ocorre quando há dois princípios, como tais presumidos igualmente válidos, que regulam de maneira diversa interesses confluentes e conflitantes, e um deles deverá ser necessariamente excluído diante das circunstâncias de fato. Alexy cita um caso concreto: a possibilidade de realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão própria de tais atos, corre o risco de sofrer um enfarto (p. 90). Tal conflito deve ser solucionado, segundo o autor, recorrendo-se a uma ponderação dos bens em questão: o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado em salvaguardar direitos funda-

mentais garantidos pela constituição (direitos individuais à vida e integridade física e moral), cuja proteção também compete ao Estado.

Se da ponderação resultar que o interesse do acusado tem, no caso concreto em questão, peso maior que a intervenção estatal no sentido de realizar a audiência oral, e, se ainda assim, a audiência for realizada, haverá discrepante violação ao *princípio da proporcionalidade*.

Como já anotado acima, o princípio da proporcionalidade se materializa na ponderação, que implica a melhor adequabilidade dos meios aos fins. E a melhor adequação é aquela que também é exigível, necessária, em última análise, a menos prejudicial ao “interesse fundamental” oposto. Repetimos: o meio é adequado quando, com o seu auxílio, pode-se promover o resultado desejado; ele é exigível quando não se poderia ter escolhido outro que, apesar de igualmente eficaz, traria como consequência o prejuízo ou limitação ao exercício de algum direito fundamental. Ora, se o objetivo de dar satisfatória aplicabilidade ao direito penal pode ser alcançado por outra via que não a audiência oral e que não coloque em risco a vida do acusado, é mais ponderado que se recorra a essa outra via, e não que se coloque em risco uma vida. Mesmo porque, segundo o conceito de que o processo é a reconstrução dos fatos ocorridos, nessa reconstrução pode ficar provado que o acusado sequer cometeu algum crime. O objetivo da audiência é comprovar a realidade dos fatos alegados, realizar a justiça formal e não prejudicar institucionalmente a vida ou integridade física de alguém. E se assim o juiz procedesse, insistindo na realização da audiência, poderia estar mesmo incorrendo em dolo eventual.

Ao pensamento de Alexy aditamos o parecer de Juan Carlos Gavara de Cara, para quem

“el principio de proporcionalidad significa que la norma más débil es desplazada en su aplicación tan solo

en la medida en que es obligatoria desde un punto de vista lógico y sistemático. Este planteamiento implica que cuanto más intensa sea la intervención en el ejercicio de un derecho fundamental a causa de la protección de los derechos de terceras personas o bienes jurídicos de rango constitucional, mayor debe ser la *jerarquía de las razones* que justifiquen dicha intervención” (1994, p. 284-285).

4.2.2. *Proporcionalidade como coordenação*

Konrad Hesse já coloca a questão em outros termos. Defende a tese de que a colisão entre direitos deve ser solucionada não pela ponderação de bens, mas pelo princípio da *concordância prática*, segundo o qual “os bens protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade” (1998, p. 66).

O princípio da unidade da Constituição imprime a necessidade de que a eficácia satisfatória dos bens por ela tutelados só possa ser alcançada quando traçados limites de exercício para ambos, o que ele chama “tarefa de otimização”. “Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto, ser *proporcionais*; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos” (p. 67).

A crítica que Hesse faz ao critério da ponderação de bens é o fato de que a finalidade da proporção fica sempre adstrita à variabilidade dos meios, fazendo prevalecer um determinado valor de acordo com os elementos dados num caso. Proporção para Hesse é justamente uma “coordenação”, definida por uma necessidade *a priori* imposta pela unidade constitucional de que os bens devem alcançar a sua máxima eficácia em acordo com outros bens que também devem alcançar sua eficácia. Assim, não há precedência de princípios, segundo

a variação de dados concretos, mas uma pré-determinação principiológica de que bens devem ser coordenados autolimitativamente nas suas eficácias. E exemplifica com o problema da liberdade de opinião *versus* lei geral limitadora, em que deve haver uma coordenação proporcional entre o exercício da liberdade de opinião e os bens jurídicos protegidos pela lei geral. A proporcionalidade é, nesse sentido, uma diretiva de coordenação para os casos particulares, diretiva essa que, segundo Hesse, falta ao critério da ponderação de bens, “que cai sempre no perigo de abandonar a unidade da Constituição” (p. 67).

4.2.3. Proporcionalidade como ponderabilidade

Ao mencionarmos “ponderabilidade”, referimo-nos ao critério de hierarquização que, segundo o jusfilósofo mineiro Joaquim Carlos Salgado, deve haver no momento da aplicação dos direitos fundamentais, já que se consubstanciam, acima de tudo, em “valores fundamentais”. Segundo ele, há uma resistência entre os constitucionalistas em admitir o conceito de “hierarquia”, ao se referirem a direitos fundamentais. Disso decorrem propostas como “coordenação” de normas dessa natureza, ou “colisões” entre princípios de tal índole, que devem ser solucionadas por ponderações de bens, etc. O que não se cogita é estabelecer uma hierarquia entre direitos considerados igualmente fundamentais. A questão é analisada em outros termos quando levada à Filosofia do Direito, especificamente à axiologia jurídica.

Todo o problema da questão gira em torno do conceito de *hierarquia*, dos sentidos em que é tomado e do momento em que é empregado. Afinal, há ou não a possibilidade de se estabelecer uma “hierarquia entre direitos fundamentais” e, se de fato existe tal hierarquia, em que momento e como ela realmente aparece?

Paulo Bonavides ressalta que nenhuma norma constitucional deve ser interpretada em contradição com outra norma da Constituição: “atentando-se, ao mesmo passo,

para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano –, chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade” (1996, p. 386-387). Como podemos observar, o constitucionalista adere à posição de Hesse, que não admite hierarquia entre normas de direitos fundamentais. Relembrando, o princípio da concordância prática implica a concepção de que os bens jurídicos sob análise devem sofrer limitações recíprocas e necessárias para que, no *caso concreto*, possam vir a ter a *maior efetividade possível*, não se cogitando de uma “hierarquia entre eles”(DINIZ, 1998, p. 344-345). A jurística constitucionalista adere quase unanimemente a essa posição.

Alexy, como vimos, acaba por defender a possibilidade de uma hierarquização, não em nível formal, quando da declaração daqueles direitos, visto que a Constituição não hierarquiza os direitos considerados por ela igualmente fundamentais, mas em sede de aplicação. Se se admitisse *a priori* uma hierarquia, alguns deixariam de ser tão fundamentais quanto outros, o que estabeleceria infinitamente um grupo menor de “direitos fundamentais”, levando ao último, o mais fundamental dos direitos, o que é totalmente incompatível com o paradigma de Estado que declara direitos. No entanto, já há o diferencial de cada um ter sua esfera de incidência própria, como adverte Hesse.

Mas o problema salta quando se fala em solução de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais. A questão é complexa, pois aqui aparecem figuras clássicas do direito, tais como “o interesse das partes”, “a pretensão resistida”, “o terceiro neutro e equidistante” que pretende a melhor solução, ainda que por equiprobabilidade, sendo que, em última instância, haverá de se recorrer a uma opção pelo “melhor direito” (expressão herdada do direito privado arcaico, mas que deve ter acepção ampliada).

Veja: formalmente todos aqueles direitos estão em pé de igualdade, mas quando aparece o conflito de interesses, ainda que se tente solucionar o problema de maneira coordenada, de modo que cada um alcance sua realidade, como propõe o princípio da proporcionalidade de Hesse, fato é que o interesse de uma das partes terá de se sobrepor ao da outra, para que seja efetivamente exercido.

Evidentemente se se está diante de uma situação jurídica em que não é possível o exercício absoluto de dois direitos ao mesmo tempo, um será exercido e outro não. Pode-se argumentar que, na verdade, um foi exercido limitadamente em face do outro, pois este era o alcance máximo de sua realidade (Hesse); mas veja que, para se delimitar esse alcance máximo, terá sido necessário previamente ter comparado as possibilidades de “alcances máximos” dos dois direitos. E porque prevaleceu um deles é que foi possível estabelecer o alcance máximo de cada um. Ou seja, o alcance *axiológico* de um foi mais amplo do que o alcance axiológico do outro. Isso significa que o alcance de cada um fica condicionado pelo alcance do outro dialeticamente, o que reclama, em última análise, o estabelecimento de uma hierarquia que possibilite *pôr fim* à controvérsia.

Ressaltemos uma vez mais que a hierarquia não se estabelece formalmente, como previne Bonavides, mas no momento da aplicação é que se faz necessária, não como identificação pré-estabelecida na lei, mas extraída de todo um esforço *exegético-axiológico* para solver o conflito. A essa proposta hermenêutica Joaquim Carlos Salgado denomina “princípio de ponderabilidade”, o que esclarece: “há uma ‘hierarquia ou ponderação’, segundo a formação escalonada da própria ordem valorativa”, que não se confunde com o “pesar” dos alemães, que parte de uma hermenêutica lógica, e não axiológica (1996b, p. 32-33), aqui proposta.

Nesses termos, o posicionamento crítico do filósofo dirige-se para a conclusão de que a falácia da discussão entre os juristas cons-

titucionalistas é a tentativa de solucionar o problema dos direitos fundamentais, problema axiológico por excelência, *intrassistematicamente*, o que não se resolve com critérios jurídicos simplesmente. Tal erro se assemelha à tentativa epistemológica kelseniana em explicar o sistema jurídico a partir dele mesmo, o que o levou a recorrer a uma espécie de *deus ex machina* sob a forma de *norma fundamental*.

Soluções de índole axiológica não são possíveis senão pela *superação* filosófica, com recurso às categorizações da Filosofia do Direito. É da natureza do valor a *hierarquia*, ou seja, a preponderância de um valor sobre o outro⁸. Ao incorporá-los em declarações de direitos, as Constituições não os desfiguram dos seus respectivos *pesos*, embora do ponto de vista *formal* sejam aparentemente iguais. Por isso que o critério de solução de qualquer antinomia entre direitos fundamentais é o da *ponderabilidade*, segundo o qual há prevalência de uns sobre os outros no momento da aplicação, considerando-os sempre como valores que são e que não deixam de ser por estarem positivados em cartas jurídicas (SALGADO, 1998b). *Ponderabilidade* (tal qual *coercibilidade*), porque sempre há *possibilidade* de sopesamento em instância de aplicação, mas que jamais macula a declaração *universal* positiva e formal. Semelhante à *coercibilidade*, que nunca afasta do fenômeno jurídico a possibilidade de convivência entre cumprimento forçado e cumprimento espontâneo do preceito normativo.

5. A proporcionalidade e o devido processo legal

O princípio da proporcionalidade é tido hoje como princípio norteador da própria atividade do poder legislativo, que pode ser questionada judicialmente quanto a sua razoabilidade. “Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabele-

cer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência do Estado de Direito” (BONAVIDES, 1994, p. 283).

No constitucionalismo alemão, o princípio é invocado como o próprio fundamento do moderno Estado de Direito. Já no constitucionalismo americano, encontra sua sede no devido processo legal substantivo. Nos Estados Unidos, o devido processo é considerado o princípio por excelência do Estado Democrático de Direito, estando aí embutida a idéia de proporcionalidade ou razoabilidade, como um de seus variados conteúdos.

6. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal no sistema jurídico brasileiro

A Constituição Brasileira de 1988 positivou o devido processo em seu art. 5º, inciso LIV, mas, no nosso sistema, não tem o mesmo significado que no americano, pois a própria Constituição elenca todas as principais garantias processuais (contraditório, ampla defesa, juízo competente etc), o que corresponderia ao devido processo adjetivo; e ainda elenca exaustivamente todos os direitos e garantias fundamentais individuais, coletivas, sociais e políticas, o que corresponderia ao devido processo substantivo.

Alguns autores interpretaram sua adoção pelo sistema jurídico brasileiro no seu sentido estritamente adjetivo, como Pinto Ferreira, que assim o definiu: “o devido processo legal significa o direito a regular o curso da administração da justiça pelos juízes e tribunais. A cláusula constitucional abrange de forma compreensiva:

a) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação;

b) o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça;

c) o direito ao procedimento contraditório;

d) o direito de não ser processado por leis *ex post facto*;

e) o direito de igualdade com a acusação;

f) o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal, e legitimidade obtida;

g) o direito ao juiz natural;

h) o privilégio contra a auto-incriminação;

i) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada;

j) o direito aos recursos;

l) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada” (1989, p. 175-176).

O art. 44 do projeto constitucional de 1988 previa o princípio da razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos da administração pública, o que foi suprimido da redação final. No entanto, ficou o princípio inscrito na cláusula do devido processo legal, nos moldes americanos.

Assim, há uma tendência da Doutrina em afirmar que o princípio da proporcionalidade, que não está expressamente positivado na Constituição, tem sua referência normativa na positivação do devido processo legal. Outra tendência, de bases germânicas, entende ser o princípio inerente ao Estado de Direito, sendo desnecessária sua inscrição constitucional nesse sentido.

De qualquer modo, juízes e tribunais brasileiros “têm encontrado no princípio da razoabilidade, direta ou indiretamente, fundamento constante para as suas razões de decidir”. Podemos exemplificar com os seguintes votos proferidos em Tribunais de Justiça:

“É de se deferir liminar em ação direta de inconstitucionalidade com relação a lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás liquefeito de petróleo entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor. Além de violação ao princípio da

proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos, há evidente plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a ser declarada a inconstitucionalidade.”

“A norma legal que concede ao servidor inativo vantagem pecuniária cuja razão de ser revela absolutamente destituída de causa... ofende o *princípio da razoabilidade*, que atua, enquanto projeção caracterizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado” (BARROSO, 1998, p. 217-219).

Alguns autores ressaltam que o princípio da proporcionalidade ainda se mostra de forma muito acanhada no sistema jurídico brasileiro, dado o apego à clássica concepção da separação dos poderes e da discricionariedade dos atos do poder público, principalmente do poder político, que se encontra hoje quase todo concentrado nas mãos da cúpula do Poder Executivo, com suas “infindáveis Medidas Provisórias”⁹.

7. Ainda algumas considerações sobre o tema

Não poderíamos finalizar este estudo sobre tema tão festejado na contemporaneidade, sem antes suscitar, ainda que de forma acanhada, mais uma questão jusfilosófica.

Todo esse desenvolvimento remonta, como assegura o professor Joaquim SALGADO (1997b), a um tema antigo em direito: a *equidade*, que segundo ele não aparece simplesmente como método de integração de lacunas jurídicas. É ela o supremo princípio do direito, tanto na sua fase de formação como elaboração, quanto na de aplicação (que engloba a integração).

A equidade é definida por Aristóteles como ponto intermediário, uma espécie de *termo proporcional*, pois que 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 equitativo, como aliás pensam todos mesmo sem discussão. E, como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo” (1991, p. 84-85).

O equitativo e o justo são, na verdade, a mesma coisa, com uma única diferença, que torna o equitativo melhor:

“lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales” (ARISTÓTELES apud GARCIA MAYNES, 1956, p. 373).

Ponderar é justamente estabelecer um meio termo entre propostas radicais, fazendo concessões a ambas, pois se o excesso é o mal, a carência também o é, como ensinava Aristóteles.

O próprio conceito de direito traz em si a concepção do adequado. O *jus*, diz o filósofo Henrique Cláudio de Lima Vaz, é o que é adequado ao indivíduo na sociedade. Daí conceber-se a característica da *eunomia* da lei, que, segundo o filósofo, é o fato de a lei ter de necessariamente ser aplicada equitativamente. E ainda segundo ele, não ser possível uma equidade aritmética que implicaria “dar um pedacinho da lei para cada um”, mas ela é por excelência geométrica, ou seja, a aplicação da lei segundo as necessidades colocadas em questão. Assim, o conceito de equidade sempre ronda o direito, não só como método de integração normativa, mas como próprio critério de aplicação da lei (em sentido amplo, envolvendo, inclusive, princípios jurídicos), que, se for aplicada em todo o seu rigor, levada aos seus extremos, acaba por gerar injustiça. Como sempre enfatiza Padre Vaz, *summum jus, summa in juria* (1997).

Salgado enfatiza que se tem restringido muito o conceito de equidade, como o justo

no caso concreto. O conteúdo da equidade como princípio supremo do direito, como idéia imanente ao fenômeno jurídico, ultrapassa em muito o seu caráter metodológico, ou seja, como um caminho corretivo dos rigores legais. Para ele, a proporcionalidade (ou razoabilidade) embutida no devido processo legal nada mais é do que manifestação do princípio supremo da equidade, que se traduz, em última instância, na adequabilidade dos meios aos fins aristotélica. É aquela razão ou proporção imanente à própria idéia de direito, seja no momento da elaboração, seja no momento de aplicação das leis e princípios. É o que o jurista vai encontrar como a *ratio* suprema do fenômeno jurídico.

Nessa perspectiva, temos valiosa contribuição de Recacens Siches, para quem o problema da equidade não é o de corrigir a lei, ao aplicá-la a determinados casos particulares: “no se trata de ‘corregir la ley’. Se trata de otra cosa: se trata de ‘interpretarla *razonablemente*’” [grifo nosso] (1975, p. 654).

Do exposto, podemos deduzir que, ao interpretar-se uma lei para aferir se seu conteúdo está ou não em consonância com o princípio supremo da razoabilidade (ou proporcionalidade) contido na expressão substantiva do *due process of law*, está-se, indiscutivelmente, submetendo essa lei ao rigoroso “controle” do justo razoável expresso na idéia de *equidade*.

8. Tripla conclusão: sistêmica, técnica e ontológica

Da tentativa de apreensão do verdadeiro significado do princípio da proporcionalidade e do devido processo legal, concluímos que, enquanto matéria de natureza constitucional, as garantias processuais, sejam expressas numa fórmula como “o devido processo legal”, sejam expressamente declaradas na Constituição, são garantias típicas dos Estados Democráticos de Direito, que asseguram garantias processuais em nível e sob a forma de direitos fundamen-

tais, moderna conquista positivante dos imemoriais *direitos naturais*.

A fórmula *due process of law* padece de imprecisão técnica, pois que o conceito de processo não engloba, na sua essência, direitos de natureza tão substanciais como direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral etc; de índole substantiva ou material. Há uma imprecisão técnica na expressão “devido processo legal substantivo”. No entanto, se foi essa fórmula que despertou a comunidade jurídica americana para a necessidade de se resguardarem direitos fundamentais num Estado considerado de Direito, o discurso (ou a intenção) é válido, apesar da falta de rigor terminológico.

O princípio da proporcionalidade como critério de compatibilização de direitos fundamentais e controle dos atos do poder público é expressão suprema da grande evolução por que tem passado o Estado de Direito, que caminha hoje para sua efetivação como verdadeiro Estado Social de Direito. Pouca relevância tem a discussão sobre a sua expressão no devido processo ou sua autonomia principiológica, como “princípio não-escrito próprio do Estado de Direito”. Na verdade, cada sistema conseguiu, dentro do seu momento histórico-cultural, dentro das suas possibilidades jurídico-conceituais, compreendê-lo e torná-lo um ditame moderno da justiça, ou da “liberdade objetivada na ordem jurídica”, o que os antigos chamavam simplesmente de *epiékheia* ou *equitas*.

Notas

¹ “O Estado social é o que declara, como sua finalidade central, a realização da justiça social e, por isso, dos direitos sociais”, assinalando “a convergência das dimensões do poder e da liberdade no processo civilizatório do Ocidente” (SALGADO, 1996, p. 40 e 1997a, p. 4-5).

² Anunciamos, desde já, que a expressão desses direitos apontados pelo Professor Baracho na Constituição Brasileira vigente é o inciso LIV do art. 5º, que positivou expressamente o chamado “devido processo legal”, o que desenvolveremos em momento oportuno.

³ Tema atualíssimo é a questão da aplicação dos direitos fundamentais hoje pela Comunidade Européia, sobre o qual José Alfredo Baracho suscita questão: “Surge uma multiplicidade de questões em relação a uma satisfatória interpretação do espírito e da letra do tratado institutivo da Comunidade, colocando-se em relevo a questão da estabilidade do ordenamento comunitário, para proteção adequada dos direitos fundamentais do cidadão, reconhecidos pelo Direito constitucional dos Estados. Prevendo o amplo exercício do poder, por parte dos órgãos normativos comunitários, o tratado institutivo da Comunidade Européia não contém uma declaração ou catálogo dos direitos fundamentais, que devessem ser respeitados pelo exercício desse poder. A Corte de Justiça da Comunidade Européia elaborou construção em nível de direitos humanos, de conformidade com a interpretação do direito escrito comunitário... Todavia uma satisfatória interpretação do direito comunitário escrito encontra lacunas em questões de direito fundamental, pelo que só reconhece de maneira limitada aos intentos de garantir o respeito dos direitos fundamentais. A Corte de Justiça forneceu uma relevante contribuição para o desenvolvimento do ordenamento comunitário mediante amplo recurso e elaboração do ‘princípio geral do direito’..., princípio deduzido do direito interno do Estado-membro, de conformidade com uma certa convergência do sistema jurídico nacional” (BARACHO, 1998b, p. 5). O autor acrescenta que a discussão sobre um “catálogo” europeu de direitos fundamentais, bem como a tutela dos mesmos pela Corte de justiça da Comunidade européia, tem suscitado relevantes questões no que concerne ao controle de constitucionalidade em matéria de direitos fundamentais. “A tradição constitucional, como instrumento internacional, relativo à tutela dos direitos do homem, dos Estados membros que cooperam e aderiram, tem relevância” (BARACHO, 1998a, p. 4).

⁴ Acrescentamos aqui a distinção feita pela doutrina em geral entre “direitos” e “garantias”: os direitos são bens e vantagens conferidos por normas jurídicas; garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens (SILVA, 1998, p. 413).

⁵ Acrescentamos que o autor não usa o termo *ideologia* “no sentido reducionista de interesses de classe, mas de um conjunto de idéias que dá unidade à cultura de um povo, embora possa ser usada no interesse de uma classe ou facção, às vezes de modo deformado... Um partido político, por exemplo, tem na sua ideologia um projeto para toda a sociedade e não apenas para o grupo” (SALGADO, 1998).

⁶ Luís Roberto Barroso esclarece que os alemães preferem o uso do termo “proporcionalidade”, mais utilizado como razoabilidade entre os americanos. Todavia pode um termo ser tomado pelo outro (1998, p. 204).

⁷ Pronunciamento do Tribunal Constitucional Alemão, citado por Luís Roberto BARROSO (1998, p. 208).

⁸ São características do valor a sua *transcendência*, a sua *dialética* (valor e contravalor convivem necessariamente) e a sua *hierarquização* (pois que valores não são iguais, senão, não seriam valores, havendo a necessidade de hierarquizá-los em face da sua heterogeneidade) (VAZ, 1997).

⁹ Nesse sentido, ver a obra supracitada de Luís Roberto BARROSO (1998, p. 213-216), e as severas críticas de Suzana de Toledo Barros a voto proferido pelo Ministro Francisco Rezek no Supremo Tribunal Federal (1996, p. 173-176).

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A corte constitucional, o direito interno e o direito comunitário. *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, ago. 1998. Faculdade de Direito da UFMG.

_____. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 28, maio/out. 1980/1982.

_____. *Teoria do processo civil comunitário: a tutela jurisdicional comunitária*. (Apostila).

_____. Tutela dos direitos fundamentais e as regras gerais de processo na prática e na jurisprudência da comunidade européia. *O Sino do Samuel*, Belo Horizonte, maio 1998, Faculdade de Direito da UFMG.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- BETTI, Emilio. *La interpretacion de las leyes y actos jurídicos*. Traducción y prólogo po José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 34, 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, A. Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Márcio Vasconcelos de. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Padova: Casa Editrice Dott. Automi Milane, 1994.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GARCIA MAYNEZ. *Introduccion al estudio del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1956.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionne*. 2. ed. Paris: Domat Montchrestien, 1947.
- MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1956.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1961. v. 2.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Hegel: a sociedade civil e o estado racional. *Estado de Minas*, 28 jun. 1997a.
- _____. *Notas do curso de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: UFMG, 1997b.
- _____. O estado ético e o estado poiético. Separata de: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998a.
- _____. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, 1996a.
- _____. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, jul./set. 1996b.
- _____. Entrevista realizada no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, set. 1998b.
- SICHES, Luis Recacéns. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Porrúa, 1975
- SIDOU, Othon. *Processo civil comparado: histórico e contemporâneo*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Notas do curso de ética sistemática*. Belo Horizonte: Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus, ago./nov. 1997.
- ZAMUDIO, Héctor Fix. Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal: Estudios en Honor de Eduardo J. Couture. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, tomo 1, ano 24, n. 1, ene./jun. 1980.