A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS E A REDEFINIÇÃO DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE

HUMBERTO BERGMANN ÁVILA*

Introdução. I. Os princípios e o dever de proporcionalidade. A. Definição de princípio na doutrina. B. O dever de proporcionalidade como implicação dos princípios. II. Análise crítica. A. Redefinindo os princípios. 1. Crítica às concepções dominantes. 2. Proposta de definição de princípios. B. Redefinindo o dever de proporcionalidade. 1. Dever de proporcionalidade como postulado normativo-aplicativo. 2. Aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário e Penal. Conclusão.

Introdução

É crescente a aplicação, no direito brasileiro, do chamado “princípio da proporcionalidade”. O Supremo Tribunal Federal decidiu que não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “*à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria*”.¹ Nesse caso, a proporcionalidade destina-se a estabelecer limites concreto-individuais à violação de um direito fundamental — a dignidade humana —, cujo núcleo é inviolável.

O mesmo Tribunal, ao julgar se o fato de a isenção do imposto de competência da União ser parcial implicaria o afastamento das regras pertinentes constantes da Constituição anterior, decidiu que “*conflita com o Texto Maior, com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nele consagrados, entender-se pelo afastamento da extensão do benefício ao tributo estadual pelo fato de a isenção não ser*

¹ *Habeas Corpus* 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

* Prof. da PUC/RS e da Escola Superior da Magistratura do RGS. Advogado em Porto Alegre. Especialista em Finanças das Empresas na Fac. de Ciências Econômicas e Mestre em Direito Público na Fac. de Direito da UFRGS. Doutorando, pelo CNPq, na Universidade de Munique, Alemanha.

total”.² Pelo que se depreende da leitura da ementa, a proporcionalidade destina-se a determinar a exigência de racionalidade na decisão judicial.

Sobre a aplicação de circunstância legal agravante como critério de fixação da pena-base, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “*ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada, bem assim o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, a sentença que na primeira etapa da individualização da pena fixa o seu ‘quantum’ no limite máximo previsto para o tipo penal*”.³ Nesse julgado, a proporcionalidade serve para estabelecer uma relação entre a agravante e a pena aplicada, bem como para justificar a aplicação conforme às prescrições legais.

O mesmo Supremo Tribunal Federal, agora em nome da excessividade, declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, não só por impor um ônus excessivo às companhias, que teriam de dispor de uma balança para cada veículo, mas também porque o interesse público e a proteção dos consumidores poderiam ser atingidos de outra forma, menos restritiva.⁴ Nessa decisão, a inconstitucionalidade resultou da excessividade da lei relativamente ao seu fim.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a criação de taxa judiciária, de percentual fixo, por considerar que, em alguns casos, seria tão alta que impossibilitaria o exercício de um direito fundamental — obtenção de prestação jurisdicional —, além de não ser *razoavelmente* equivalente ao custo real do serviço.⁵ Nesse caso, o fundamento da decisão está na desproporção entre o custo do serviço e a taxa cobrada, denominado, no Direito Tributário, de princípio da equivalência.

A análise dessas decisões leva-nos a duas prévias conclusões. Em primeiro lugar, demonstra que a exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo, o que, por si só, revela a importância de sua explicação e descrição. Em segundo lugar, revela que a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual — como será demonstrado — não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de *racionalidade* na decisão judicial, ora a *limitação à violação de um direito fundamental*, ora a *limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais*, ora *proibição de excesso* da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de *equivalência* entre custo do serviço e a relativa taxa. A sua aplicação, como será demonstrado, é muitas vezes correta. Mas mesmo nesses casos, a fundamentação do chamado princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente

2 Recurso Extraordinário nº 211043, Relator Ministro Marco Aurélio.

3 *Habeas Corpus* nº 75889-MT, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.06.98, p. 2.

4 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.93.

5 Representação nº 1077, Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 112/34-67.

controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim — absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade —, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua.

O tema relativo à proporcionalidade é recente na doutrina brasileira.⁶ Resulta, sobretudo, da influência positiva do direito alemão, onde foi primeiramente estudado e aplicado.⁷ Várias questões, entretanto, merecem maior aprofundamento. Boa parte da doutrina não consegue explicar adequadamente o dever de proporcionalidade, sobretudo, quando a questão a ser elucidada é o seu fundamento de validade. O fundamento de validade varia do Estado de Direito, dos direitos fundamentais ou da unidade da Constituição até a conjugação de todos esses fundamentos. Os temas mais complexos ligados à definição de princípios, dos quais a proporcionalidade seria uma espécie, ou à delimitação objetiva da relação meio-fim, sem cujo delineamento a proporcionalidade não pode ser racionalmente concebível, não recebem a devida importância.

A interpretação e aplicação equívoca do dever de proporcionalidade no direito brasileiro tem causas detectáveis. O chamado princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas — como adiante esclarecido — num *postulado normativo aplicativo*. A partir dessa constatação ficará claro porque a tentativa de explicação do seu fundamento jurídico-positivo de validade tem sido tão incongruente: é que ele não pode ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, antes resulta, por implicação lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Vale dizer: a tentativa de extraí-lo do *texto constitucional* será frustrada. Para demonstrá-lo, é preciso explicar o conceito mesmo de princípios, que remonta, sobretudo, às obras de ESSER, LARENZ, CANARIS, DWORKIN e ALEXY, mas cujos fundamentos

6 Sobre o tema, no direito brasileiro, sobretudo: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, Brasília Jurídica, 1996. Ver também: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 193, pp. 314 e ss. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo* 203/1, 1996. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 67 e ss. e 188. Sobre o tema no direito estrangeiro, sobretudo: PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Paris: Economica, 1990. XYNOPOULOS, Georges. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité — en France, Allemagne et Angleterre*. Paris: LGDJ, 1996. GONZALEZ, José Ignacio Lopez. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla: Instituto Garcia Oviedo. 1998.

7 Sobre o tema no direito alemão, sobretudo: LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln/München, 1961. HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981. JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg, CF Müller, 1995, p. 28. BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 2. ed. München, Beck, 1996. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pp. 93 e ss.

devem, ainda hoje, ser repensados em profundidade, dada a recepção — muitas vezes acrítica — que essas obras têm obtido na doutrina brasileira.

Como será demonstrado, o dever de proporcionalidade não precisa apenas ser distinguido frente aos princípios e às regras; ele necessita ser diferenciado também relativamente a outras categorias, com as quais não se identifica: razoabilidade, equivalência e a proibição material de excesso. É dizer: é preciso atribuir-lhe um *significado normativo autônomo*, pela simples constatação de que há conceitos diversos a serem explicados, os quais, fazendo referência a fenômenos normativos diferentes, devem ser, em obséquio à clareza, qualificados também distintamente. Nesse sentido, o dever de proporcionalidade pode ser definido de tal sorte que a sua interpretação mantenha referência ao ordenamento jurídico brasileiro e que a sua aplicação apresente critérios racionais e intersubjetivamente controláveis. Isso justifica a nossa pretensão de formular-lhe uma definição.

I. Os princípios e o dever de proporcionalidade

A. Definição de princípio na doutrina

A definição de princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua noção é mais fácil pela referência que fazem a bens sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (lingüisticamente formulados). Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua identificação relativamente às regras depende muito intensamente do *critério distintivo* empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito etc.), do *fundamento teórico* utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista etc.) e da *finalidade* para a qual é feita (se descritiva, aplicativa etc.). Daí a afirmação de GUASTINI, segundo a qual não se deveria sequer buscar uma definição unitária dos princípios jurídicos, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores os utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só.⁸ Isso explica por que há tanta divergência quanto ao significado dos princípios. Chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem. Neste estudo não serão feitas, de modo algum, críticas sobre a adequação da definição formulada por este ou aquele autor. Muitos autores utilizam o termo “princípio” de forma diversa da aqui proposta, sem que a consistência de sua argumentação seja perdida em proveito da ambigüidade.

8 GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, p. 276. O autor fala de uma diferenciação tipológica dos princípios. Idem, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino, Giappichelli, 1996, pp. 116 e ss.

É dizer: o problema não está em qualificar esta ou aquela norma ou este ou aquele fenômeno de “princípio”, mas em não perceber a diferença estrutural das normas ou dos fenômenos que se procura descrever. O que aqui se pretende é demonstrar que há fenômenos normativos diversos e que — eis a questão — é mais adequado, em nome da clareza e da consistência argumentativa, qualificá-los de modo também diverso. Não se critica a distinção entre denominações, mas entre fenômenos.

A busca de uma definição mais precisa de princípios jurídicos é necessária. Não tanto pela diferença da denominação, mas pela distinção estrutural entre os fenômenos jurídicos que se procura descrever mediante o emprego de diversas categorias jurídicas. Ora, tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes em afirmar que as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios. Do próprio ordenamento jurídico brasileiro constam normas positivas ou doutrinariamente denominadas de princípios, alguns fundamentais, outros gerais. Sua definição não pode, por isso, ser equívoca, antes deve ser de tal forma enunciada, que sua aplicação diante do caso concreto possa ser intersubjetivamente controlável. Não é outra a finalidade deste estudo.

A definição de princípio (“*Grundsatz*”) foi elaborada por ESSER já em 1956.⁹ Para ele os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem.¹⁰ A distinção entre princípios e regras não seria, portanto, apenas com base no *grau de abstração e generalidade* da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais elas devem ser aplicadas: a distinção seria de “*Qualität*”.¹¹ Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.¹²

Segundo o critério do *fundamento de validade* adotado por WOLFF-BACHOF e FORSTHOFF, os princípios seriam diferentes das regras por serem dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da idéia de Direito ou do princípio da justiça. Eles funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.¹³

Na trilha dessa doutrina, LARENZ define os princípios como normas jurídicas que não possuem uma hipótese e uma consequência determinadas, mas apenas uma idéia jurídica geral que direciona o processo normativo de concretização.¹⁴

9 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. impressão, Tübingen, 1990.

10 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. impressão, Tübingen, 1990, p. 51.

11 Idem, *ibidem*. p. 51.

12 Idem, *ibidem*. p. 50.

13 Nesse sentido: FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Vol. I, Allgemeiner Teil, 10. ed., München, Beck, 1973, p. 70. WOLFF, Hans/BACHOF, Otto/STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*, I, 10. ed., München, Beck, 1994, p. 264-5.

14 LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München, Beck, 1979, p. 26. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. München, Beck, 1991, p. 474.

As definições citadas assemelham-se na medida em que procuram distinguir os princípios das regras com base em dois critérios: *grau de abstração e generalidade da prescrição normativa*, em função do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dirigidos a um número indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias, enquanto as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta, permitindo a estruturação de uma hipótese e de uma consequência; e *fundamento de validade*, a partir do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem decorrentes da noção do Estado de Direito, ao passo que as regras seriam dedutíveis de textos normativos. Uma hermenêutica histórica das obras aqui referidas, capaz de revisitar as circunstâncias em que as teorias jurídicas foram concebidas¹⁵, logo evidencia a dupla finalidade que lhes deu causa. De um lado, elas procuraram demonstrar que as decisões judiciais são tomadas também com fundamento em argumentos não expressos em textos normativos, mas sim extraídos da idéia mesma de Direito. De outro lado, e como consequência, elas procuraram redefinir o próprio Direito, então confundido, em obséquio ao positivismo legalista plenamente aceito, com um conjunto de prescrições normativas aplicáveis subsuntivamente (só de regras, portanto). Essa foi a primeira etapa de redefinição das normas jurídicas, em virtude da qual se constatou que pertencem ao Direito não apenas aquelas normas que têm uma hipótese e uma consequência determinadas (regras), mas também aquelas que estabelecem prescrições ligadas indiretamente a valores, fins, idéias e *topoi* a serem *institucionalmente* determinados (princípios).¹⁶

A segunda etapa se inicia com o aprofundamento da distinção entre princípios e regras. Não se está mais querendo provar a força normativa dos princípios, já aceita, mas determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação baseada neles. Seguindo esse caminho, CANARIS apresentou os critérios distintivos dos princípios com base na explicitude do seu conteúdo axiológico.¹⁷ O principal seria a peculiar forma de relação que se estabelece entre eles, já que “...eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”. Além disso, ainda precisariam de concretização por intermédio de regras.¹⁸

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição.¹⁹ A finalidade do estudo de DWORKIN foi fazer um ataque geral ao positivismo (“*general attack on positivism*”), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como

15 BORGES, José Souto Maior. Revisitando a isenção tributária. In: *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio, Forense, p. 218.

16 Sobre a teoria institucional do Direito, ver sobretudo: WEINBERGER, Ota. *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*. Wien, Manz, 1988.

17 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, p. 50.

18 Idem, *ibidem*, p. 53 e 55.

19 DWORKIN, Ronald. The Model of Rules, *University of Chicado Law Review* 35 (1967), pp. 14 e ss.

princípios (“*principles*”).²⁰ Para ele, as regras são aplicadas do modo “tudo ou nada” (“*all-or-nothing*”), no sentido de que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.²¹ Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (“*dimension of weight*”), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade.²² Nesse sentido, a distinção elaborada por DWORKIN não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto a estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma ALEX Y.²³

ALEX Y, partindo das considerações de DWORKIN, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele, os princípios jurídicos consistem apenas numa espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.²⁴ Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, ALEX Y demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata de uma prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.²⁵ Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras.²⁶ É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma *cláusula de reserva*, a ser assim definida: “*se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso*”.²⁷ É dizer o mesmo: a ponderação dos

20 DWORKIN, Ronald. The Model of Rules, *University of Chicado Law Review* 35 (1967), p. 22. Idem, Is law a system of rules? In: *The Philosophy of Law*, ed. by R. M. Dworkin, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 43.

21 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6. imp. Londres, Duckworth, 1991, p. 26. Idem, Is law a system of rules? In: *The Philosophy of Law*, ed. by R. M. Dworkin, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 45.

22 Idem, *Taking Rights Seriously*. 6. imp. Londres, Duckworth, 1991, p. 26.

23 ALEX Y, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtsatheorie*, Beiheft 1, Dunckler und Humblot, Berlin, (1979): 65.

24 ALEX Y, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips, *Rechtsatheorie* Beiheft 1(1979), p. 59 e ss. idem, Recht, Vernunft, Diskurs, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, p. 177. Idem, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 19 e ss. Idem, *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, 1995, pp. 216-217; Idem, *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pp. 77 ss.

25 ALEX Y, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 17.

26 Idem, *ibidem*, p. 18.

27 Idem, *ibidem*, p. 18.

princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo “tudo ou nada” (“*Alles-oder-Nichts*”).²⁸ Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (“*problema do dentro ou fora*”), o conflito entre princípios já se situa *no interior* desta mesma ordem (“*teorema da colisão*”).²⁹

Daí a definição de princípios como “*deveres de otimização*” aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. Com as regras acontece algo diverso. “*De outro lado regras são normas, que podem ou não podem ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos*”.³⁰ As regras jurídicas, como afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão, será a contradição solucionada, seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.³¹

A distinção entre princípios e regras, segundo ALEXY, não pode ser baseada no modo “tudo ou nada” de aplicação proposto por DWORKIN, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem *obrigações absolutas*, porquanto não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem *obrigações prima-facie*, na medida em que podem ser superadas ou derrogadas em função dos outros princípios colidentes.³²

B. O dever de proporcionalidade como implicação dos princípios

É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar

28 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pp. 80 e 83. Idem. Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Beiheft 1, Dunckler und Humblot, Berlin, (1979): 70.

29 ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 19. Idem. Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Beiheft 1, Dunckler und Humblot, Berlin, (1979): 70.

30 ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 21.

31 ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, 1995, pp. 216-217; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, p. 77.

32 ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 20.

qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X) e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF art. 5, XXXV) não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas.³³ A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual se estabelece que, naquelas condições, um princípio sobrepõe-se ao outro.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não se pode, por pressão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “*à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria*”.³⁴ Nesse caso, foi decidido que, nas circunstâncias (um sujeito é constrangido por outro que pretende que sua condição de pai seja judicialmente declarada), adotar a medida (constrangimento à realização do exame de DNA) implicaria não-realizar o princípio da dignidade humana. A medida foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (porque implicava a não-realização substancial de outro bem protegido por princípio fundamental).

Daí a correta afirmação de ALEXY: as *condições*, em função das quais um princípio se sobrepõe a outro, constituem a hipótese de incidência de uma regra, que corresponde à consequência do princípio que se sobrepõe.³⁵ No caso em questão, pode-se formular a seguinte regra: uma perícia judicial é vedada sempre que da sua realização decorrer afronta à dignidade pessoal de outrem.

A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma *ponderação*. É que se há dois princípios em relação de tensão, a solução escolhida deve ser aquela que melhor realize ambos os princípios.³⁶ Isso só será possível, se a solução adotada for adequada e necessária à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: *as possibilidades fáticas* de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E *das possibilidades normativas* resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo.

Exatamente o que ocorreu no caso antes citado: a perícia foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (garantir o direito de proteção jurisdicional) porque implicava a não-realização do princípio da dignidade pessoal.³⁷ A mesma

33 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi dei teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 145.

34 *Habeas Corpus* nº 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

35 ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 26. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, p. 80.

36 PENSKY, Ulrich. *Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln*. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 110.

37 *Habeas Corpus* nº 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

estrutura esteve presente quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor: a obrigatoriedade desse tipo de pesagem foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (garantir a segurança dos consumidores) porque implicava a não-realização do núcleo da liberdade de iniciativa e do livre exercício de atividade econômica.³⁸

Em todos esses casos, existia um fim objetivamente determinável (prestação jurisdicional, proteção do consumidor) e o meio escolhido para sua realização (determinação de perícia, utilização de balança) foi considerado desproporcional, ou porque implicava a não-realização de outros princípios (dignidade pessoal, livre exercício de atividade econômica), sendo por isso excessivo, ou porque também era considerada desnecessária (utilização da balança, p. ex.).

Do exposto resulta claro que o dever de proporcionalidade é implicação do caráter principal das normas, como bem o demonstrou ALEXY. Isso explica em grande parte o desacerto doutrinário em querer buscar um fundamento positivo do chamado princípio da proporcionalidade no *texto* constitucional (dedução dos direitos ou dos princípios fundamentais, p. ex.) quando só a *implicação lógica* da estrutura principal das normas pode esclarecer.

Os princípios, como resultado dessa longa evolução doutrinária, foram então definidos como “*deveres de otimização*” aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas. O dever de proporcionalidade, de outro lado, foi definido como um dever resultante de uma implicação lógica do caráter principal das normas. Se estas definições são as mais adequadas, é o que se procurará responder a seguir.

II. Análise crítica

A. Redefinindo os princípios

1. Crítica às concepções dominantes

A tese segundo a qual as regras se distinguem pelo modo “*tudo ou nada*” como são aplicadas, já parcialmente criticada, merece mais algumas ponderações.

DWORKIN afirma: “*Se os fatos previstos por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela não contribui em nada para a decisão*”.³⁹ Caminho não muito diverso também é seguido por ALEXY, quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas.⁴⁰ Nem sempre, porém, a consequên-

38 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, DJU 01.10.93.

39 DWORKIN, Ronald. *Takings Rights Seriously*. 6. imp. London, Duckworth, p. 24: “*If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*”.

40 ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am

cia é diretamente implementada.⁴¹ É preciso, de um lado, considerar que há também regras mais ou menos vagas ou ambíguas, em função das quais a consequência jurídica não pode ser imediatamente implementada (regras que contém conceitos jurídicos indeterminados, p. ex.); de outro, é necessário considerar que há variadas formas de relacionamento entre as regras (estabelecimento de definições, instituição de exceções ou estabelecimento de novas condições), em função das quais a decisão é modificada.⁴² Assim, a afirmação segundo a qual as regras são aplicadas do modo “*tudo ou nada*” só tem sentido quando todas as questões relacionadas à *validade*, ao *sentido* e à *subsunção final* dos fatos já estiverem superadas.⁴³ Mesmo no caso de regras, essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra.⁴⁴ A única diferença permanece sendo de grau.

Isso, entretanto, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir *após a sua interpretação*. Só aí é que podem ser compreendidas quais as consequências que, no caso de sua aplicação diante de um caso concreto, serão *supostamente* implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “*tudo ou nada*” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio — e por vezes longo e complexo como o dos princípios — de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o *grau de abstração anterior à interpretação* (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma

Main, 1995, pp. 216-217; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, p. 77.

41 Sobre a complexidade do processo aplicativo, também no caso de regras, ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do Direito*. Livro comemorativo do cinquentenário da PUC-RS, Porto Alegre, Edipuc, 1997, pp. 413 e ss.

42 ECKHOFF, Torstein. *Legal Principles*. In: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin, Duncker und Humblot, p. 38.

43 Sobre essa ressalva, também ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Beiheft 1, Duncker und Humblot, Berlin, (1979): 71.

44 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 120. Resta saber se há, então, uma distinção entre regras que contém cláusulas gerais e princípios. Entre as diferenças comumente apontadas está distinção quanto à consequência: enquanto os princípios não possuem nem hipótese nem consequência determinadas, as cláusulas gerais, ainda que com hipótese portadora de conceitos jurídicos indeterminados, tem uma consequência específica. Sobre o tema, sobretudo: MARTINS COSTA, Judith. *Sistema e Cláusula Geral*. 2. Volume. Porto Alegre, 1996, p. 397.

situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação. Esse critério distintivo entre princípios e regras perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (p. ex. regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados.

A afirmação segundo a qual os princípios, ao contrário das regras, não possuem consequências normativas ou possuem uma hipótese de incidência aberta merece maior atenção. Os princípios também possuem uma consequência normativa: a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto.⁴⁵ Mesmo assim, a qualificação de aberta a uma hipótese de incidência é também uma questão de interpretação. A interpretação pode transformar uma mesma disposição em princípio ou em regra, como demonstra o caso da igualdade: se analisarmos a proibição de discriminação baseada no sexo, na raça etc., ele possui uma hipótese e uma consequência determinadas (seria uma regra); se analisarmos a igualdade como fim, não teremos uma hipótese determinada (seria um princípio).⁴⁶

Além disso, se procede a afirmação segundo a qual tanto as regras quanto os princípios não regulam a sua própria aplicação, como acertadamente sustenta ALEXY,⁴⁷ então — complementa-se — não são os princípios que possuem uma “*dimensão de peso*”, mas às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios não dizem nada sobre o peso das razões, mas é a decisão que lhes atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada “*dimensão de peso*” (“*dimension of weight*”) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer: a dimensão de peso não é um *atributo empírico* dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador.

A diferença entre o *conflito* entre princípios e aquele entre regras também merece um olhar mais atento.⁴⁸ Foi dito que a solução de um conflito entre princípios

45 ECKHOFF, Torstein. Legal Principles. In: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin, Duncker und Humblot, p. 38.

46 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 120.

47 ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 28.

48 A própria idéia de “conflito” deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a idéia de “colisão”? Tratar-se-ia de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem, o que no caso dos princípios é previamente

consiste em atribuir prioridade a um deles, sem que o outro seja considerado inválido. É dizer: a eliminação da inconsistência normativa procede sem a declaração de nulidade de uma das normas envolvidas. Essa característica dos princípios é verdadeira, mas somente na hipótese de os princípios estabelecerem fins divergentes. Quando, porém, se dirigem para a uma mesma relação apontando para o mesmo fim, mas com a implementação de meios diversos, aí deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre outro com a conseqüente não-aplicação de um deles *para aquele caso concreto*. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito mantendo sua validade.

A própria questão da definição dos princípios como deveres de otimização merece temperamentos. Eles seriam considerados dessa maneira porque seu conteúdo deve ser aplicado “*na máxima medida*”.⁴⁹ Mas nem sempre é assim. Para demonstrá-lo, é preciso verificar quais as espécies de colisão existentes entre os princípios. Eles não se relacionam de uma só maneira. Os princípios estabelecem fins a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios que devem ser escolhidos. No caso de colisão entre dois princípios, várias hipóteses podem ocorrer: a realização do fim instituído por um princípio *leva à realização* do fim determinado pelo outro; a realização do fim instituído por um *exclui a realização* do fim determinado pelo outro; a realização do fim instituído por um só *leva à realização de parte* do fim determinado pelo outro; ou a realização do fim instituído por um *não interfere na realização* do fim buscado pelo outro.⁵⁰

Ora, quando a realização do fim instituído por um princípio sempre *levar à realização* do fim determinado pelo outro não há o dever de realização “*na máxima medida*”, mas o dever de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio. Vale dizer: “*na medida necessária*”.⁵¹ Na segunda hipótese, isto é, quando a realização do fim instituído por um princípio *excluir a realização* do fim determinado pelo outro, não se verifica a citada limitação e complementação recíproca de sentido. A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição de um deles.⁵² Semelhante portanto ao caso de colisão entre regras.

inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não possuírem uma hipótese e uma conseqüência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantém entre si. Sobre esse assunto, importante: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pp. 33, 52, 115. Ver, sobre a relação entre a legalidade e a segurança jurídica: COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica do Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, 84(1987): 46-63.

49 ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 19: “möglichst hohen Masse realisiert wird”.

50 PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 109.

51 Sobre tema relacionado, especificamente sobre a lacuna de princípios e a relação entre as normas que prevêm fins e aquelas que prevêm meios, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*. 2. ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pp. 170-1; BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1960, p. 94.

52 PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989) 109.

Assim, a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas “*no todo*” e os princípios só na “*medida máxima*”. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser.⁵³ A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelece *fins* normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação. Nos dois casos, porém, a aplicação concreta pode modificar a prescrição normativa enunciada no texto da norma de conduta, que primeiramente era havida como óbvia, o que diminui a força da distinção entre princípios e regras.

2. Proposta de definição de princípios

Essas considerações não eliminam a importância da distinção entre princípios e regras, apenas diminuem a sua radicalidade e a sua relevância para a interpretação e aplicação do Direito. Uma teoria dos princípios deve ser necessariamente conjugada com regras metodológicas de aplicação.

Para definir o que seja um princípio (norma-princípio) é preciso, num primeiro passo, extremar os princípios de outras categorias com as quais ele normalmente é identificado. Desde logo, porém, uma advertência: por detrás da proposta aqui defendida está a compreensão do Direito como um conjunto composto de normas (princípios, regras) cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos (unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição etc.), critérios normativos (superioridade, cronologia e especialidade) e valores. Todos esses elementos que se conjugam às normas possuem sua normatividade relacionada em boa medida a atos institucionais de aplicação.⁵⁴ Essa ressalva inicial é importante, já que a consideração do fenômeno jurídico apenas pela existência das normas jurídicas (princípios e regras) que compõem o ordenamento jurídico implicaria incluir o dever de proporcionalidade na categoria das regras e não, como será adiante proposto, na categoria de postulados normativos.

Primeiro, *os princípios jurídicos não se identificam com valores*, na medida em que eles não determinam o que *deve ser*, mas o que *é melhor*. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas

53 Idem, *ibidem*, p. 110.

54 Sobre a definição de Direito, sobretudo: WEINBERGER, Ota. *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*. Wien, Manz, 1988. DREIER, Ralf. Some Remarks on the Concept of Law. In: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin, Duncker und Humblot, pp. 111-124. ALEXY, Robert. A Definition of Law. In: idem, pp. 101-107.

indica o que é *melhor*. Em vez do caráter *deontológico* dos princípios, os valores possuem tão-só o *axiológico*.⁵⁵

Segundo, *os princípios jurídicos não se confundem com o mero estabelecimento de fins*: os fins apenas indicam um estado almejado ou uma decisão sobre a realização desse estado desejado, sem que seja estabelecido um dever ser.⁵⁶ O estabelecimento de fins por meio de prescrições normativas constitui um princípio, como será analisado.

Terceiro, *os princípios jurídicos não se confundem com axiomas*. Axioma denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la.⁵⁷ Por isso mesmo são os axiomas aplicáveis exclusivamente por meio da lógica, e deduzidos sem a intervenção de pontos de vista materiais.⁵⁸ A veracidade dos axiomas é demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se o fossem auto-evidentes. Não se encontram, portanto, no mundo jurídico do dever ser, cuja concretização é sempre prático-institucional.

Quarto, *os princípios jurídicos não se confundem com postulados*. Postulado, no sentido kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essa condição seja preenchida no próprio processo de conhecimento.⁵⁹ Os postulados variam conforme o objeto cuja compreensão condicionam. Daí dizer-se que há postulados normativos e ético-políticos. Os primeiros nos interessam neste momento.

Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam *como* (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito.⁶⁰ As condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica consubstanciam postulados normativos: o conhecimento da norma pressupõe o do sistema e o entendimento do sistema só é possível com a compreensão das suas normas (*postulado da coerência*); só é possível conhecer a norma com a análise simultânea do fato, e descrever os fatos com recurso aos textos normativos (*postulado da integridade*); só é possível conhecer uma norma tendo em vista a sua pré-compreensão pelo sujeito cognoscente, definida como a expectativa quanto à solução concreta, já que o texto sem a hipótese não é problemático, e a hipótese, por sua vez, só surge com o texto (*postulado da reflexão*).⁶¹ O que a doutrina comumente

55 ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft 25 (1985), p. 24.

56 PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 106.

57 Á. SZABÓ. Axiom, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 1, Basel, Schwabe und Co., 1974, p. 737. Também: L. OEING-HANHOFF, idem, p. 743.

58 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pp. 59 e 60.

59 EISLER, Rudolf. *Kant-Lexikon*, Hildersheim u.a., Georg Olms Verlag, 1994, p. 427.

60 ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, S. 77.

61 Sobre esse uso de postulados, em vez de princípios, sobretudo: ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, p. 75. CANARIS, Claus-Wilhelm.

denomina de “princípio como idéia normativa geral” (ou princípio explicativo), como fundamento ou pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico ou de parte dele, são verdadeiros postulados normativos.

Quinto, *os princípios jurídicos não se confundem com critérios*. O critério responde à seguinte pergunta: como/mediante que/por que se deve entre dois ou mais elementos envolvidos ser escolhido um deles ou como/mediante o que se pode distinguir dois elementos?⁶² Um critério normativo, segundo a definição de princípio aqui adotada, consubstancia, não um princípio, mas uma meta-regra de aplicação de outras normas. Meta-regra justamente porque atua “sobre” a aplicação de outras regras. Os chamados princípios de solução de antinomias (hierarquia, cronologia e especialidade) podem ser melhor definidos como critérios normativos ou meta-regras de aplicação normativa, na medida em que explicam e determinam como e por que entre duas normas aplicáveis às mesmas circunstâncias fáticas deve ser escolhida uma delas (a hierarquicamente superior, a editada posteriormente ou a que regula mais especificamente à situação, p. ex.), sem serem cumpridos em vários graus mediante ligação com fins.⁶³

Feitas as distinções entre os princípios jurídicos (ou normas-princípios) e outras categorias com as quais ele normalmente é identificado, deve ser proposta, num segundo passo, uma definição de princípios como espécie de normas jurídicas que prescrevem conteúdos direta ou indiretamente relacionados à conduta humana. Por isso mesmo que as normas são veiculadas por prescrições normativas que direta ou indiretamente estabelecem o que um ordenamento jurídico determina, permite ou proíbe. Uma norma jurídica não precisa necessária e diretamente estabelecer uma descrição sobre uma realidade qualquer, com cuja concretização deva ser estabelecida a consequência normativa prevista por ela ou outra norma. Essas normas são apenas *normas condicionais*, distintas das *incondicionais*.⁶⁴ Regras são normalmente regras condicionais gerais. Os princípios, nesse sentido, poderiam ser considerados normas incondicionais, já que não se referem à uma situação específica cuja concretização implica sua incidência (“se A, então B”). Em vez de condicionais, seriam apenas categóricos.⁶⁵ Qualquer norma, porém, necessita, para sua aplicação, da

Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, p. 16. Conferir: BYDLINSKY, Franz. *Fundamentale Rechtsgrundsätze*. Springer, Wien, 1988. ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung; Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. ed. 1972. ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. ed. 1990. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. München, Beck, 1991, pp. 437 ss. ENGISCH, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. ed., Heidelberg, 1963, pp. 15 ss. KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*, 2. ed. 1997, pp. 127 ss. Sobre os postulados ético-políticos, ver: ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, § 57 Rn. 30.

62 PUNTEL, Lorenz B. *Grundlagen einer Theorie der Wahrheit*. Berlin, New York, Gruyter, 1990, p. 17.

63 Sobre esse assunto e o modo de solução de antinomias, ver sobretudo: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 57 ss.

64 PENSKY, Ulrich. *Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln*. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 106.

65 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 123.

concretização de uma situação de fato, mais ou menos determinada na hipótese normativa. O elemento distintivo que resta é tão-somente o grau de abstração da previsão normativa. Ambas, em maior ou menor grau, precisam de condições reais para sua incidência.

A diferença existente reside não na condicionalidade propriamente dita, mas na ligação da previsão normativa com a concretização de fins ou de condutas. Nesse sentido, as regras consistiriam em normas de conduta, e os princípios em normas finalísticas (ou de tarefas). Fins, como já afirmado, consistem em estados (ou bens abstratos) desejados. Normas finalísticas estabelecem a *realização* (não os fins propriamente) de estados desejados — fins — como *devidos*. O fim é conteúdo imediato das normas finalísticas. O conteúdo mediato consiste nas condutas a serem tomadas para a realização dos fins devidos. Normas finalísticas estabelecem, pois, tarefas (atividades necessárias) que conduzam a fins devidos. Essas normas, contudo, também possuem a conduta humana como conteúdo indireto. Essas considerações levam à seguinte conclusão: tanto as normas de conduta quanto aquelas que estabelecem fins possuem a conduta como objeto. A única diferença é o *grau de determinação* quanto à conduta devida: nas normas finalísticas, a conduta devida é aquela *adequada* à realização dos fins; nas normas de conduta, há previsão direta da conduta devida, sem ligação direta com fins.⁶⁶

Nos dois casos, há relação com fins e com condutas. A distinção possível faz-se quanto à medida de ligação com fins (direta ou indiretamente) e o grau de determinação da conduta devida (mais ou menos abstrata). É exatamente esse o critério de distinção entre princípios e regras: grau de determinação do fim e da conduta.

Diante do exposto, pode-se definir os princípios como *normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida*.

As regras podem ser definidas como *normas mediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida*.

Como se vê, esta é uma distinção baseada no critério de abstração da prescrição normativa. Ela explica o caráter *prima-facie* dos princípios, bem como sua posição no ordenamento jurídico. Essa distinção tem utilidade limitada, porque o caráter *prima-facie* de fixação de fins, se direta ou indiretamente, ou de determinação da conduta, se mais ou menos certa, depende da aplicação diante do caso concreto, que pode *confirmar* ou mesmo *inverter* as soluções havidas anterior e imediatamente como devidas. Isso explica a grande importância que se tem dado à metodologia do Direito na atualidade, já que é ela, e não apenas uma estrutura analítica de definições de espécies normativas, que pode oferecer critérios racionais para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

O importante é que a qualificação das normas como princípios depende, não só da denominação utilizada pelo legislador, mas da relação da prescrição normativa com fins e com a conduta que deles resulta. É dizer: há normas positivamente intituladas de direitos que também denotam princípios (direitos fundamentais, p. ex.)⁶⁷; há normas positivamente denominadas de princípios que denotam, segundo a definição aqui adotada, verdadeiras regras ou meta-regras de aplicação de outras normas (legalidade, irretroatividade, anterioridade, p. ex.). O que interessa não é a definição do legislador, mas a estrutura normativa da norma a ser interpretada. Além disso, há prescrições normativas que, dependendo do ponto de vista por meio do qual são analisadas, podem significar ora princípios, ora regras, como é o caso da igualdade: quando o dever de tratar igualmente for analisado como fim, expressa um princípio; quando, porém, a igualdade for analisada como dever de aplicação igual de casos iguais, exprime uma regra determinada de aplicação.⁶⁸ Obviamente que a instituição (positiva) de normas com o qualificativo de princípios (disposição de princípios), ora fundamentais, ora gerais, estabelece uma hierarquia sintática e semântica entre as normas, na medida em que atribui maior importância a alguns fins em detrimento de outros.⁶⁹ E qualquer descrição que pretenda manter referência ao ordenamento em que essas normas estão instituídas não poderá desconsiderar essa hierarquia, pelo limite epistemológico que ela impõe. As disposições de princípios (p. ex. Constituição Federal, art. 1º) que se *auto-qualificam* de fundamentais, em vez de terem sua identificação decorrente de um juízo subjetivo de valoração, denotam uma propriedade empírica, que não pode ser desconsiderada pelo intérprete.⁷⁰

A definição de princípios como normas *imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta* explica sua importância relativamente a outras normas que compõem o ordenamento jurídico. Possuindo menor grau de determinação do comando e maior generalidade relativamente aos destinatários, os princípios correlacionam-se com um maior número de normas (princípios e regras), na medida em que essas se deixam reconduzir ao conteúdo normativo dos princípios. Isso explica a hierarquia sintática e semântica que se estabelece entre princípios e demais normas do ordenamento e, conseqüentemente, a importância dos princípios na interpretação e aplicação do Direito.

B. Redefinindo o dever de proporcionalidade

1. Dever de proporcionalidade como postulado normativo aplicativo

Com esses esclarecimentos pode-se perguntar, então, se o dito “princípio da

67 BORGES, José Souto Maior. A isonomia tributária na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*, (64): 8-19.

68 PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 108.

69 Sobre hierarquia e seu significado na Constituição de 1988: BORGES, José Souto Maior. A isonomia tributária na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*, (64): 8-19.

70 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi dei teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 121. Sobre sua influência na interpretação do direito positivo, ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Sérgio Fábris, 1997, pp. 43 e ss.

proporcionalidade” é, ou não, uma norma-princípio. Essa indagação se reveste de interesse prático, na medida em que a sua resposta esclarece não só a estrutura lógica do dever de proporcionalidade, hoje amplamente utilizado pela jurisprudência, mas também explica o seu fundamento de validade e a relação que mantém com as outras normas jurídicas.

O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.

Não sendo um princípio do modo como a teoria geral do direito analisa hoje a questão, então pergunta-se: em que consiste o dever de proporcionalidade? ALEXY, sem o enquadrar noutra categoria, o exclui, com razão, do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.⁷¹

Para LARENZ, que atribui aos princípios um significado mais elástico, tratar-se-ia de um “*princípio material*” ou “*critério material*”.⁷²

O dever de proporcionalidade também não é um princípio ou critério material. Não consiste num princípio pelas razões expostas. Também não traduz um *critério*, já que critério, como vimos, serve para tomar uma decisão racional sobre a *aceitação* ou *rejeição* de uma das variáveis envolvidas. A aplicação do dever de proporcionalidade não determina que um dos princípios envolvidos deve ser escolhido em detrimento do outro. Ao contrário, ele estabelece uma estrutura para que *ambos* sejam realizados (dependendo da espécie de colisão) ao máximo. Ainda que admitíssemos que o dever de proporcionalidade fosse um critério, já que condiciona a aplicação de outros elementos dos quais se distingue, ele não seria um critério material, mas apenas formal.

O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo. Sobre a medida de excesso considerada inválida o dever de proporcionalidade nada diz.⁷³ Só a análise diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida. A aplicação concreta só se completa com um conteúdo, até porque os fins só podem ser estabelecidos em contato com normas substanciais. O que importa, entretanto, é que não

71 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, p. 100.

72 LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed., Berlin 1991, p. 412.

73 KOCHRUSMANN. *Juristische Begründungslehre*. Beck, München, 1982, p. 244.

é o dever de proporcionalidade em si que estabelece a medida substancial da excessividade, mas sua aplicação conjunta com outros princípios materiais. Vale dizer: o dever de proporcionalidade, ao contrário do que pretende LARENZ, seria um princípio ou critério *formal*, como bem assinalou KAUFMANN.⁷⁴

Para PENSKY, ele consistiria numa “*regra geral*” assecuratória da realização de fins estabelecidos por princípios.⁷⁵ Essa solução parece mais próxima do que ele verdadeiramente representa. A definição da proporcionalidade como regra não enfraquece o seu conteúdo normativo. Em virtude da sua diferente estrutura, os princípios possuem uma função diversa das regras. Mas resta a pergunta: consiste o dever de proporcionalidade numa regra?

O dever de proporcionalidade também não é uma regra jurídica. O dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das *condições* que ele estabelece que da *interpretação de outras normas* envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura.

O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma *condição* formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua *devida* aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a *devida* realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um *postulado normativo aplicativo* como aqui se afirma.

Como postulado aplicativo que é, está contidos nas dobras do próprio ordenamento jurídico. Ora, sendo o Direito *hic et nunc* o meio mediante o qual são estabelecidas proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis, a sua aplicação depende do estabelecimento de uma medida limitada e orientada pela sua máxima realização. A instituição *simultânea* de direitos e garantias individuais e de finalidade públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, *implica* o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade. O dever de proporcionalidade é o dever de atribuir uma proporção ínsita à idéia de relação. O Direito tutela bens que se dirigem a finalidades muitas vezes antagônicas, cuja concretização exige, porque há correlação, uma ponderação dialética ou proporção. Inútil será buscar uma *sedes materiae* escrita — normativa sim — quando

74 KAUFMANN, Arthur. Schuld und Prävention. *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Sonderdruck, Luchterhand, 1985, S. 891.

75 PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 110.

o fundamento de validade do dever de proporcionalidade está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito.

A relevância que o direito moderno começou a atribuir ao dever de proporcionalidade se explica pelo estabelecimento de direitos e garantias individuais nas constituições modernas. A proporcionalidade com a função de estabelecer limites à atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, de outro, a garantia de direitos individuais.⁷⁶ Superadas as questões ligadas à consolidação do regime democrático e as discussões sobre questões formais que dela surgiam, começou-se a analisar não apenas as questões ligadas à forma de limitação da *intervenção do Estado* (eficácia normativa negativa) mas também aquelas relacionadas à *proteção substancial do indivíduo* (eficácia normativa positiva).

Sua importância cresceu juntamente com a demonstração de que o Direito também contém elementos não escritos (implícitos), sem que a falta de referência direta a textos implique perda de normatividade. O positivo não se iguala ao escrito. A doutrina, acostumada apenas a explicar textos, enfrenta até hoje dificuldades em distinguir qualquer realidade que não seja *deduzida* de textos. Uma norma, no entanto, não é o texto, mas o conteúdo de significação da interpretação de textos e das inúmeras relações que mantêm entre si.⁷⁷ Basta verificar que há *dispositivos* (textos normativos, prescrições) que contêm mais de uma norma (p. ex. legalidade tributária, art. 150, I contém uma *permissão* para regulação de matéria tributária, uma *proibição* de que outras fontes regulem essa matéria e a *proibição* de delegação normativa). Há dispositivos cujo conteúdo é equívoco, dos quais podem surgir mais de uma norma, da mesma forma que existem dispositivos que dependem de outros para terem significado, de tal sorte que da interpretação de mais de uma prescrição resulta apenas uma norma. Também há dispositivos dos quais não pode ser deduzida norma alguma (p. ex. preâmbulo: “... *sob a proteção de Deus...*”) ou que necessitam de outros dispositivos para possuir significado normativo (p. ex. hierarquia semântica). Existem, ainda, normas que não resultam de um dispositivo específico (p. ex. normas implícitas que resultam de indução de outros dispositivos, ou da sua *ratio juris* ou de uma interpretação analógica; como, p. ex. a exigência de certeza do Direito). Enfim, não há identificação entre norma e texto. O dever de proporcionalidade também não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa.

A proporcionalidade (“*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”) determina que um meio deva ser adequado, necessário — isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo — e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma.⁷⁸ A condição negativa consubstancia-se no

76 REMMERT, Barbara. *Verfassungs — und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermassverbotes*. Heidelberg, CF Müller, 1995, p. 8 e 200.

77 GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, p. 16. Idem, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 20 ss.

78 HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981, p. 245. JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, p. 217.

subelemento da proporcionalidade em sentido estrito (elemento da proibição de excesso), que exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção (não podem ficar em relação de desproporção).⁷⁹ A condição positiva traduz-se na ponderação dos interesses, que estão (estaticamente) em posição de contraposição (*"Gegenüberstellung"*), os quais devem ser de tal forma ponderados, que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização (*"optimale Wirklichkeit"*) a que cada um deles. Esse é a chamada concordância prática (*"praktische Konkordanz"*)⁸⁰, da qual se ocupou HESSE com rara clareza:⁸¹ *"A fixação de limites ("Grenzziehungen") devem ser proporcionais no respectivo caso concreto; eles não podem ir além do necessário para que possa ser estabelecida a concordância de ambos os bens jurídicos"*.⁸²

Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é *adequada* se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; *necessária*, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; *proporcional ou correspondente*, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não só disso. A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja *devido* realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação "meio-fim" objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto. Vale dizer: o dever de proporcionalidade decorre da estrutura do Direito e de suas normas, mas não se esgota nela, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim, como adiante analisaremos.

Todo o exposto demonstra, ainda, a inutilidade da indagação sobre o surgimento do dever de proporcionalidade e sobre a sua aplicação nesse ou naquele ramo do Direito ou mesmo no direito brasileiro. Onde houver proteção a bens jurídicos que concretamente se correlacionem e uma relação meio-fim objetivamente demonstrável, haverá campo aplicativo para o dever de proporcionalidade. Isso não quer dizer que sua aplicação seja idêntica em qualquer ramo didaticamente autônomo. Não é. Isso porque, sendo uma estrutura formal de relação de meios a fins, sua utilização *depende da importância e do poder estruturador da finalidade* para determinar o conteúdo normativo de uma relação jurídica. É justamente a sua estrutura formal que revela a sua necessária correlação com normas substanciais.

A função desempenhada pelo fim para a formação da relação jurídica é que determina a relevância e a limitação da aplicação do dever de proporcionalidade.

79 HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981, p. 247.

80 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg, CF Müller, 1995. p. 28.

81 JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, p. 84.

82 HESSE, Konrad. *Idem*, p. 28.

“Fim” consiste num *estado desejado* e, como tal, constitui objeto (mediato ou imediato) de qualquer prescrição normativa.⁸³ O fim como estruturante da relação, entretanto, não é qualquer fim, mas um *estado material realizável fora do âmbito jurídico*, como será demonstrado.

É preciso, por último, demonstrar que o *dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade*. Novamente é necessário refazer a ressalva inicial: o problema não está em tratar fenômenos diferentes mediante o emprego de um só termo, mas em não perceber, por meio da mesma denominação, a existência de fenômenos distintos a explicar. Nesse sentido, há duas estruturas de argumentação que podem ser extremadas.

Primeiro, há casos em que é analisada a correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, em função dos quais é preciso saber se a medida adotada é adequada para atingir o fim constitucionalmente instituído (relação meio x fim), se a medida é necessária enquanto não substituível por outro meio igualmente eficaz e menos restritivo do bem jurídico envolvido (relação meio x meio) e se a medida não está em relação de desproporção em relação ao fim a ser atingido (relação meio x fim). Nesse caso, devem ser analisados dois *bens jurídicos* protegidos por princípios constitucionais e a *medida* adotada para sua proteção. A pergunta a ser feita é: a medida adotada é adequada e necessária em relação ao fim e não implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato? Trata-se de um *exame abstrato* dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida etc.) especificamente em função da medida adotada. Fala-se, aqui, do já explicado dever de proporcionalidade. Nesse caso, analisa-se o *bem jurídico* protegido por um princípio constitucional e a *medida relativamente a um fim*. Trata-se de um exame relativo. Sua aplicação pressupõe uma relação meio-fim.

Segundo, há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na *situação pessoal* do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato *para determinado sujeito*? Trata-se de um *exame concreto-individual* dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da *particularidade* ou *excepcionalidade* do caso individual. Nesse aspecto, não se analisa apenas o *bem jurídico* protegido por um princípio constitucional e nem a *medida em relação a um fim constitucionalmente previsto*, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. Sua aplicação ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional, para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito envolvido. Não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa. Este é um dos casos em que é preciso verificar se uma norma constitucional pode ter aplicação inconstitucional: é a hipótese da iniquidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual, sem que ela precise ser procla-

83 PENSKEY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 107.

mada formalmente inconstitucional.⁸⁴ Esse dever consiste numa espécie de proibição de excesso no caso concreto. A medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito. A doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, após longo período em que uniam indistintamente a primeira e a segunda hipótese aqui citada, atribuem, hoje, significado normativo autônomo para essa segunda modalidade, qualificando-a de *princípio da razoabilidade* (“*Zumutbarkeitsgrundsatz*”).⁸⁵

A razoabilidade, como se viu, determina que as *condições pessoais e individuais* dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão.⁸⁶ Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a *aplicação individual da justiça*. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui *significado normativo autônomo* ao dever de razoabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, na jurisprudência antes citada, identifica a proporcionalidade com a razoabilidade.⁸⁷ A razoabilidade, quando não identificada com o dever de proporcionalidade, é assim entendida: “*O princípio razoabilidade é conducente a presumir-se o que ocorre no dia-a-dia e não o extravagante*”.⁸⁸ Como a “norma” se aplica aos casos “normais”, a sua aplicação deve ser razoável no sentido de presumir o normalmente ocorrido. O dever de razoabilidade também é entendido como o dever de pertinência dos critérios diferenciadores eleitos pelo Legislador para aplicação do princípio da igualdade: os requisitos estabelecidos para investidura em cargo público devem ser relacionados à função a ser desempenhada.⁸⁹

Mais importante que impor uma qualificação distinta para os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, é preciso notar a distinção entre o método envol-

84 BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo Judicial — Uma visão dialética*. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 99.

85 Por todos: ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab*. Berlin, Duncker und Humblot, 1995, pp. 65, 70, 71, 94, 96 e 242.

86 ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab*. Berlin, Duncker und Humblot, 1995, p. 37.

87 Decisões anteriormente citadas: *Habeas Corpus* nº 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.98, p. 44: “...à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade...”; Recurso Extraordinário nº 211043, Relator Ministro Marco Aurélio: “...conflita com o Texto Maior, com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nele consagrados...”. No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Medida Cautelar, nº 1813-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 05.06.98, p. 02. Com referência exclusiva ao princípio da razoabilidade, ver: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento ou de Petição nº 194188-RS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15.05.98, p. 048 (prova de títulos só pode servir à classificação do candidato em concurso público, nunca à sua reprovação).

88 Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 199066-PR, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.08.97, p. 33.483.

89 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.326-SC. Relator Ministro Carlos Mario Velloso, Tribunal Pleno, DJ 26.09.97, p. 47.475.

vido na aplicação de cada um deles: enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida.⁹⁰

Diante do exposto, pode-se definir o dever de proporcionalidade como *um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.*

2. Aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário e Penal

A aplicação da proporcionalidade no Direito Tributário depende do *efeito* e da *finalidade* das normas a serem aplicadas. As normas tributárias têm duas espécies de eficácia quanto aos bens jurídicos que afetam: quando visam a retirar dinheiro dos particulares possuem uma *eficácia criativa de encargo*, cuja medida é obtida mediante a análise das normas que estabelecem como deve ser *dividido* o encargo (igualdade como capacidade contributiva); quando visam a afetar a atividade econômica dos contribuintes ou influenciar o seu *status* econômico ou social possuem uma *eficácia limitativa da liberdade*, cuja medida é obtida mediante a análise das normas que garantem a liberdade dos contribuintes (liberdade, propriedade, esfera privada, sigilo etc.).⁹¹

No caso de normas jurídicas tributárias que tenham uma finalidade estritamente fiscal e afrontem bens jurídicos protegidos pelo direito de propriedade (normas que instituem impostos, p. ex.), a aplicação do dever de proporcionalidade, *pela deficiência do fim para estruturar a relação jurídica*, circunscreve-se à proporcionalidade em sentido estrito, ou proibição de excesso. Se a imposição tributária total for tão alta que implique a não-realização de um direito fundamental, como a propriedade, a liberdade de exercício de atividade econômica ou da dignidade humana, deve ser declarada inválida. O que a proibição de confisco e a observância do limite para uma existência digna significam é, apenas, o dever de preservar o núcleo do direito de propriedade e da dignidade humana. Já em 1951 estabeleceu o Supremo Tribunal Federal — na vigência da Constituição de 1946 — alguns parâmetros sobre a majoração excessiva de imposto que envolve obstáculo à liberdade de profissão.⁹²

90 OSSENBÜHL, Fritz. Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. In: *Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, Org. Berndt Rüthers e Klaus Stern. Beck, München, 1984, pp. 315 e ss. TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Köln, Otto Schmidt, 1993, p. 233.

91 Originalmente: VOGEL, Klaus. Die Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht, in: *Steuer und Wirtschaft*, 1977, pp. 97 e ss. Também BIRK, Dieter. *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen. Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht*. Deubler, Köln, 1983, p. 83.

92 Recurso Extraordinário nº 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, DJ 08.11.51, p. 10.856. No

Também cedo analisou o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de violação da liberdade de comércio pela majoração do antigo imposto de licença.⁹³ Mais tarde decidiu que uma multa moratória a razão de 10Q% do débito e acompanhada de outras cominações mostra-se excessiva.⁹⁴ Recentemente decidiu o Tribunal que uma lei instituidora de uma multa de 200% pelo não-pagamento e de 500% por sonegação já não mais se situa no plano da multa mas no do confisco.⁹⁵

Nas decisões citadas, a instituição do tributo ou da multa implicava a não-realização de um direito fundamental (propriedade, liberdade), sendo, por isso, considerada *excessiva*. Nesses casos, estando legalmente previsto o tributo ou a multa, e concretizada a situação de fato necessária e suficiente à sua incidência, não incumbe ao Poder Judiciário analisar se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado (exame da adequação) ou se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos (exame da necessidade), mas unicamente se houve restrição excessiva dos direitos envolvidos (exame da proporcionalidade em sentido estrito ou da correspondência). *Isso configura, como se vê, apenas a proibição de excesso*, sem que a relação jurídica seja estruturada pela concepção de “meio-fim”. Em função de seu específico significado relativamente ao caráter trifásico dever de proporcionalidade, sempre relacionado a hipóteses em que existe relação meio-fim, a doutrina alemã, sobretudo com base nas lições de TIPKE, qualifica esse dever de *proibição material de excesso ou proporcionalidade em sentido material*, em contraposição à proibição formal de excesso ou proporcionalidade em sentido formal.⁹⁶

Isso porque o fim, das normas que instituem tributos, não serve como estruturador da relação, a tal ponto que o caráter trifásico do dever de proporcionalidade possa ser realizado. Como lembra VOGEL, a utilização do fim “*custear despesas públicas*” como *estruturador* da relação jurídica surgida com a instituição legal de um tributo levaria tão-só à cobrança cada vez maior de tributos.⁹⁷ Para que o fim seja estruturador de uma relação jurídica, ele deve ser concretamente verificável na realidade dos fatos, e não unicamente no mundo do Direito.⁹⁸ Isso, porém, não ocorre no caso de normas que instituem impostos, já que elas têm a finalidade de arrecadação, sem que exista um fim concreto capaz de estruturar a relação jurídica delas decorrente. Não se aplica, portanto, o princípio da proporcionalidade (na sua estrutura meio-fim). Aqui o decisivo é o princípio da igualdade como medida para a *divisão dos encargos, depois que estiverem resolvidas as questões relativas a realização*

mesmo sentido: Recurso Extraordinário nº 47.937, Relator Ministro Cândido Motta, DJ 06.12.62, p. 3.744; Recurso Extraordinário nº 47.937, Relator Ministro Hermes Lima, DJ 27.10.65.

93 Recurso Extraordinário nº 18.976, Relator Ministro Barros Monteiro, ADJ 26.11.52, p.14.653.

94 Recurso Extraordinário nº 98.393, Relator Ministro Décio Miranda, DJ 17.08.84, p. 12.911.

95 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-RJ, Medida Cautelar confirmada pelo Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, 20.09.91, in: Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 138/55.

96 TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*. Köln, Otto Schmidt, 1993, p. 232 e 423.

97 VOGEL, Klaus. Die Besonderheit des Steuerrechts. In: *Der offene Finanz — und Steuerstaat*. Heidelberg, CF Müller, 1991, p. 517.

98 RODI, Michael. *Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem*. München, Beck, 1994, p. 50.

mínima dos direitos fundamentais envolvidos (o dever de respeito à existência mínima no caso do direito à vida e da inviolabilidade da dignidade humana, a proibição de confisco no caso do direito de propriedade e de livre exercício de atividade econômica).

Porém, no caso de normas jurídicas tributárias que tenham uma *finalidade extrafiscal e/ou afrontem bens jurídicos protegidos pelo direitos de liberdade* (normas que instituem tributos vinculados — taxas, p. ex. — ou que criem deveres acessórios tais como apresentar informações em um prazo determinado, p. ex.), a obediência ao dever de proporcionalidade admite seu caráter trifásico. E isso ocorre, porque há uma *finalidade objetivamente determinável e estruturante da relação jurídica*, em função da qual a relação meio-fim adquire consistência. A instituição de taxas, p. ex., tem a finalidade de custear as despesas decorrentes de serviços públicos colocados à disposição do particular, de tal modo que devam ser adequadas (corresponder ao fato gerador — serviço público prestado ou o exercício efetivo do poder de polícia —, e não ao patrimônio ou à renda do sujeito passivo)⁹⁹, e que não devam ficar sem relação de proporcionalidade relativamente à sua finalidade (percentual do valor da causa, no caso de taxa judiciária, como decidiu o STF, p. ex.). O importante é que o fim, nessas normas que possuem *eficácia formativa do comportamento* (criadora de obrigações que afetam os direitos de liberdade) e não uma *eficácia meramente impositiva* (criadora de encargo tributário desvinculado), *serve como estruturador da relação*, a tal ponto que o caráter trifásico do dever de proporcionalidade pode ser utilizado.

No Direito Penal — aqui sucintamente analisado —, o dever de proporcionalidade tem sua relevância limitada pela relevância da finalidade da pena para a sua estruturação e fixação. A finalidade da pena (punição, ressocialização, reintegração etc.) não estrutura a relação sem a correlação necessária com outros elementos, como tipicidade e culpabilidade. Justamente por isso que a tentativa de substituir a culpabilidade apenas pela proporcionalidade, como tentaram ELLSCHEID e HASSEMER, restou fadada ao insucesso.¹⁰⁰ É que o dever de proporcionalidade só se aplica a um dos elementos do crime. Primeiro, a culpabilidade, segundo a maioria da doutrina, consubstancia um dos elementos do crime, e a pena pressupõe a culpa. Segundo, deve haver congruência entre a antijuridicidade e a culpa, na medida em que essa deve abranger todos os elementos objetivos do concreto ato antijurídico. Terceiro, a pena deve ser correspondente à culpa, que lhe serve de limite.¹⁰¹ É só nesse terceiro aspecto que a proporcionalidade pode ser substitutiva da culpabilidade, já que os dois primeiros significados da culpabilidade situam-se fora do âmbito de aplicação da proporcionalidade. Como bem anota KAUFMANN, ao contrário da

99 Recurso Extraordinário nº 100.201-SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Madeira, 29.10.85, in: Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 116/647-651. Também Recurso Extraordinário nº 69.957-ES, in: Revista de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 59/799.

100 ELLSCHEID/HASSEMER. Strafe ohne Vorwurf, in: *Civitas — Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, 9. Bd., 1970, p. 27.

101 KAUFMANN, Arthur. Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip. *Festschrift für Richard Lange*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, p. 32.

culpabilidade, que possui caráter material por se referir a um conteúdo, o dever de proporcionalidade é meramente formal: estabelece uma proporção ou relação de um ser a outro, sem, no entanto, determinar quais seres devem estar em relação. A própria história demonstra que os elementos em relação podem ser variadíssimos (olho por olho, dente por dente, ato e desagravo etc.).¹⁰²

Essas considerações *não* demonstram que o dever de proporcionalidade não tem aplicação no Direito Penal. Ao contrário, demonstram a sua relevância, desde que — eis a sua limitação — sejam objetivamente estabelecidos os fins da pena (punição, ressocialização, prevenção geral etc.) e o elemento material com o qual ela deve estar em relação proporcional.¹⁰³ Só o dever de proporcionalidade é insuficiente. Ele apenas significa, na correta afirmação de ROXIN, a proibição de excesso na hipótese de duração da pena determinada de modo puramente preventivo.¹⁰⁴

Todas essas considerações levam à qualificação da proporcionalidade como uma mera estrutura formal de aplicação do Direito *a ser necessariamente posta em correlação com elementos substanciais normativos*, sem os quais não passa de um esqueleto. Trata-se de uma forma que só se aplica em correlação com conteúdos, esses determináveis pela análise das normas constitucionais materiais assecuratórias de bens jurídicos e não apenas instituidoras de procedimentos.

Conclusão

As definições acima enunciadas evidenciam, mais uma vez, que há fenômenos diversos a serem compreendidos. Se todos eles serão explicados mediante o emprego do termo “princípio” é secundário, a não ser que a denominação, pretendendo explicar, termine por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (inter-subjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica. Finalidades essas, aliás, instituídas pelo próprio ordenamento jurídico bra-

102 KAUFMANN, Arthur. Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsprinzip. *Festschrift für Richard Lange*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, p. 33.

103 Sobre o tema, ver: *HABEAS CORPUS* 70.362, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.04.96, p. 11.072: “2.3. Cuidando-se exclusivamente de definir a execução da pena de prisão imposta, o apelo exclusivo à gravidade da culpa não basta para fundar com razoabilidade a imposição do regime inicial mais gravoso: é a prevenção geral que domina a cominação legal da pena em abstrato e igualmente demarca os limites possíveis de sua individualização, no momento da aplicação judicial: mas, é patente que, aplicada a pena na sentença, ganha peso dominante a ponderação dos interesses da prevenção especial, já na verificação da conversibilidade da pena corporal de curta duração em sanções substitutivas, já, não sendo o caso de substituição, no momento final do processo de concretização de norma penal, que é o da definição do regime executivo da privação de liberdade.”

104 ROXIN, Claus. Das Schulprinzip im Wandel. Strafgerechtigkeit, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Müller, Heidelberg, 1993, p. 532. Idem, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bd. I, *Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. ed., Beck, München, 1997, p. 62.

sileiro, e que não podem ser, simplesmente, ignoradas. Isso sem falar que um sistema jurídico é tanto mais *coerente* quanto mais específicas forem as conexões entre os seus elementos, maior o número de conceitos gerais que possam explicá-lo e maior o número de casos que abranger.¹⁰⁵ Um caminho sem fim, a ser *insistentemente* trilhado.

105 PECZENIK, Alexander. Unity of the Legal System. In: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin, Duncker und Humblot, p. 76.