

PROPORCIONALIDADE, PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E RAZOABILIDADE NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dalton Santos Morais¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A indefinição sobre os contornos teórico-jurídicos da ponderação de princípios, da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A proporcionalidade como regra constitucional para a solução de colisões entre direitos fundamentais. 4. A perspectiva procedimental da proporcionalidade. 4.1. A proporcionalidade em sentido estrito ou a ponderação de princípios uma das sub-regras procedimentais da proporcionalidade. 5. A distinção entre proporcionalidade (ponderação) e razoabilidade. 6. A pretensão de positivação da razoabilidade no projeto do novo CPC. 7. A pretensão de positivação da ponderação de provas ilícitas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

Resumo: Ponderação de princípios ou direitos fundamentais e razoabilidade são institutos presentes na proposta legislativa de construção de um novo Código de Processo Civil brasileiro; já a proporcionalidade foi expressamente desconsiderada pela referida proposta legislativa. Tudo isso ocorre sem que a exposição de motivos tanto do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas e o projeto substitutivo aprovado no

¹ Mestre em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em direito do Estado pela UGF/RIO e graduado em direito pela UERJ. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil no Curso de Direito das Faculdades Espírito-Santenses – FAESA. Autor de livros e artigos jurídicos. Procurador federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: dalton.morais@hotmail.com.

Senado Federal traçassem maiores considerações sobre a abordagem dos institutos pelo novo CPC. Em que pese a conhecida complexidade de tais temas jurídicos contemporâneos, parece-nos que o legislador processual está passando ao largo de tal complexidade e está encaminhando-se para aumentar ainda mais a insuficiência teórico-jurídica a respeito de tais institutos, agora no âmbito do direito processual civil. O presente trabalho, ainda que superficialmente, tem a pretensão de trazer luzes sobre estas pretensões legislativas do projeto de novo CPC, considerando essencialmente que nosso sistema jurídico é baseado na precedência normativa e axiológica de direitos fundamentais ou de princípios.

Palavras-Chave: Proporcionalidade. Ponderação. Princípios. Direitos Fundamentais. Robert Alexy. Razoabilidade. Processo civil.



1. INTRODUÇÃO.

Notadamente, o anteprojeto de lei do novo Código de Processo Civil (CPC) e o projeto que lhe foi consecutivo no Senado Federal (Senado) foram permeados pelas ideias contemporâneas de ponderação de princípios, proporcionalidade e razoabilidade.

Isso se verifica pelo fato de o anteprojeto de CPC apresentado pela Comissão de Juristas e do projeto de novo CPC aprovado pelo Senado, no capítulo sobre os princípios e garantias do processo civil, pretenderem positivar um chamado “princípio da razoabilidade” como um dos “princípios constitucionais de especial importância para todo o processo

civil” com a singular pretensão de harmonizar esse ramo do direito público brasileiro à Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Outra clara demonstração de que o projeto de CPC foi influenciado pelos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade decorre do parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de novo CPC, que apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado, pretendia assegurar ao juiz o poder de admitir no processo civil provas obtidas por meios ilícitos, através de uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos”.

Ainda que as proposições legislativas pretendam regra institutos complexos como a proporcionalidade, a ponderação de princípios e a razoabilidade no âmbito do processo civil brasileiro, infelizmente não é possível aferir da motivação da referida proposta legislativa sob que perfil teórico se pretende atrelar a função jurisdicional no âmbito de tais institutos, pois tanto a exposição de motivos do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas, como a do projeto de lei aprovado pelo Senado silenciam a respeito da concepção normativa e da aplicabilidade prática dos institutos.

Percebe-se, portanto, que apesar da pretensão da proposição legislativa de regular positivamente os referidos institutos, não há uma análise - minimamente superficial - que seja - do legislador a respeito da compreensão teórico-jurídica e argumentativa do que se compreende por ponderação de princípios, proporcionalidade e razoabilidade, muito menos como podem ser os institutos aplicados no direito processual civil brasileiro.

Na verdade, resta clara a percepção de que ambas as proposições legislativas seguem a postura da doutrina e da jurisprudência brasileira em tratar os referidos institutos sem uma delimitação mínima e essencial dos seus contornos teórico-jurídicos e argumentativos, colaborando

consideravelmente para aprofundar a utilização indiscriminada dos institutos da ponderação de princípios, da proporcionalidade e da razoabilidade no processo civil como meros *topoi* sob os quais se permitirá o afastamento de direitos fundamentais sem o esforço constitucionalmente exigido para tanto.

Obviamente, esse tipo de postura irá influenciar consideravelmente a utilização dos institutos no âmbito específico do processo civil, vez que não se pode desconsiderar o fato de que a aplicação de institutos como a ponderação de princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade pode dar-se tanto extra como endoprocessualmente, à medida que colisões entre direitos fundamentais podem ocorrer tanto no âmbito da relação jurídica material (mérito), quanto no âmbito da relação jurídica processual em que se concebe validade ao proferimento da tutela jurisdicional ².

A finalidade, portanto, do presente trabalho é justamente lançar sugestões de ordem teórico-jurídica e argumentativa acerca da empregabilidade dos institutos que o projeto de novo CPC pretende positivar, especialmente para impedir a sua utilização indiscriminada, como se fosse possível ao agente (magistrado) que tem a função de prestar a função estatal de jurisdição – a qual, por definição, significa aplicar o *direito vigente* ao caso concreto conflituoso para o alcance da pacificação social - decidir com base em suas próprias convicções pessoais e não nas convicções estabelecidas pela ordem jurídica estabelecida que, além de regular os conflitos sociais, tem por finalidade limitar as funções exercidas pelo

² A título de exemplo e considerando-se que a celeridade processual foi normatizada como um direito fundamental no art. 5º, LXXVIII da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC 45/04), veja-se que inúmeras podem ser as ocorrências em que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise decidir entre a razoável duração do processo e a observância dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa também assegurados no art. 5º, LV da CF/88.

próprio Estado brasileiro.

2. A INDEFINIÇÃO SOBRE OS CONTORNOS TEÓRICO-JURÍDICOS DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

Ainda que a importância contemporânea de institutos como a ponderação de princípios, como a proporcionalidade e a razoabilidade conduza ao seu constante enfrentamento e manuseio pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, parece-nos que os institutos ainda não obteve contornos jurídico-argumentativos mais precisos, o que colabora para a sua utilização indiscriminada, especialmente no exercício da jurisdição, como apologia judicial ao afastamento puro e simples de direitos fundamentais ou de restrições legalmente impostas a estes.

Isso porque nos parece que a polissemia dos termos que designam os institutos da proporcionalidade³, da razoabilidade

³ “A idéia de proporção é recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena. No direito eleitoral fala-se em proporção entre números de candidatos e o número de vagas como condição para a avaliação da representatividade. No direito tributário menciona-se a obrigatoriedade de proporção entre o valor da taxa e o serviço público prestado e a necessidade de proporção entre a carga tributária e os serviços públicos que o Estado coloca à disposição da sociedade. No direito processual manipula-se a idéia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual. No direito constitucional e administrativo faz-se uso da idéia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. E na avaliação da intensidade do gravame provocado fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim – e assim por diante. *A idéia de proporção perpassa todo o direito, sem limites ou critérios.*

Será, porém, que em todas essas acepções estamos falando do postulado da proporcionalidade? Certamente que não. O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder

⁴ e da ponderação acarretam um baixo senso crítico de boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileira quanto à conformação teórico-argumentativa de tais institutos, vez que se resignam a adotar uma conceituação simplista da proporcionalidade como simples sinônimo da razoabilidade, sob a qual ambos os institutos, junto com a ponderação, definiriam uma mera proporção entre bens jurídicos em conflito, ou como tudo aquilo que “enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade”⁵ ou como meros critérios para o alcance de decisões

aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).” (grifei)

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 161/162.

⁴ A natural vagueza teórica do instituto nos Estados Unidos da América e a ausência de um esforço para caracterizar juridicamente o instituto da razoabilidade no direito brasileiro conduz inúmeros intérpretes brasileiros a não realizarem uma limitação dos múltiplos significados a respeito do termo que designa o instituto.

Múltiplos significados esses que conduzirão o intérprete a uma inevitável dispersão do contexto técnico-jurídico que envolve o instituto, pois, não realizada a limitação do instituto a este contexto, estará o intérprete perdido nas mais diversas linhas do conhecimento humano em que se pretende fundamentar comportamentos razoáveis, tal como sustenta Juan Francisco Linares ao indicar os seguintes significados para a razoabilidade:

“(…) a) *En la técnica se habla de médios razonables para obtener cierto fin. Es decir, se mienta una cierta racional adecuación de medios a fines. Se trata, pois, de una razonabilidad técnica.* b) *En axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se no habla en el valor de totalidad llamado justicia. La justicia es así racionalizadora de los otros valores. Éstos son razonables en cuanto se fundan en la justicia.* c) *En ciência del derecho la razonabilidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de esencial, cuando la conducta funda en una norma jurídica: de existência cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da: y de verdad cuando tiene fundamento de justicia.* “

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970. p. 108.

⁵ TOLEDO, Suzana de Barros. O princípio da proporcionalidade e o controle de

justas ou equitativas⁶.

Esse tipo de postura inexoravelmente contribui para tornar os institutos meros lugares comuns (*topoi*) sob os quais se pode realizar desde o afastamento de uma pena arbitrária até o balanceamento ou a ponderação de direitos fundamentais, podendo-se incluir um sem-número de utilidades⁷ para os institutos entre esses extremos, pois seus utilizadores - e agora até mesmo o legislador processual civil, conforme se demonstrará posteriormente - entendem-se desobrigados da tarefa de definirem sob que prisma conceitual manejam os institutos em epígrafe.

E essa indefinição teórica a respeito de institutos como a proporcionalidade na doutrina acaba influenciado a jurisprudência brasileira a não dar importância à necessidade de que cada julgador que aplique o instituto expresse a sua compreensão teórica sobre ele, “(...) sua compreensão sobre quais são os conflitos em relação aos quais a proporcionalidade poderia ser utilizada (situação de fato que permitiria a utilização da regra) e sobre sua compreensão sobre como a proporcionalidade pode ser utilizada para solucionar um conflito na prática”⁸.

constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 70.

⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ. nº 25. abr/jun. 2004 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004. p. 22.

⁷ Para exemplificar isso, veja-se que, de um tempo para cá, a proporcionalidade pode ser considerada como um instituto jurídico “bombril” do direito brasileiro, pois, com mil e uma utilidades jurídicas, representaria uma versão contemporânea e jurídica da bíblica “torre de babel” (Gênesis 11; 6), em que “todos constituem um só povo e falam uma só língua” jurídica. É que, segundo certos autores, a proporcionalidade, enquanto princípio, “ultrapassaria as fronteiras entre as diversas culturas jurídicas”; percepção esta que teria sido confirmada em um “seminário com a presença de sete juízes de Cortes Superiores e Cortes Constitucionais de sete diferentes países, no qual se examinou um caso fictício encontraram rapidamente uma “língua” comum – a língua do princípio da proporcionalidade(...)”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.* p. 324.)

⁸ OLIVEIRA, Bruno Silveira. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do

Chega-se mesmo a importar uma teoria procedimental como a de Robert Alexy e conjugá-la com uma visão tradicional sobre princípios existente na doutrina brasileira, ainda que isso importe em um inconcebível “sincretismo metodológico”⁹, já que o conceito eminentemente estrutural de princípios como mandamentos de otimização concebido pelo autor germânico não se coaduna com a clássica concepção de que os princípios seriam normas jurídicas dotada de maior grau de generalidade e fundamentalidade ao sistema jurídico brasileiro^{10 11}.

processo e a técnica processual. *In* Revista de processo nº 146. São Paulo: RT, 2007. p. 14.

⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* nº 01. Jan/Jun, 2003. Belo Horizonte, Del Rey. p. 625.

¹⁰ “Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas consequências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses “mandamentos fundamentais” de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria de regras.” (grifos do autor)

Ibidem. p. 614.

¹¹ Aqui é importante ressaltar que apesar de não desconhecermos o enorme grau de esforço da doutrina administrativista brasileira para explanar sobre as ideias de razoabilidade e proporcionalidade neste ramo de nosso direito, especialmente no que tange à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, não realizamos a análise das doutrinas de direito administrativo sobre o tema justamente porque aí se parte de um conceito de princípio completamente distinto daquele que é concebido nas teorias de Robert Alexy e que fundamenta o presente trabalho.

Por todos, veja-se BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e*

Sim, porque uma vez que se adota um conceito alexeniano de princípios como mandamentos de otimização, em que estes seriam normas estabelecedoras de que algo deve ser realizado na melhor medida do possível e que, normalmente, tem sua efetivação obstada pela realização de um outro princípio que lhe é colidente, não seria possível aplicar tal concepção de princípio sob a caracterização tradicional de princípio como “mandamento nuclear”¹² do sistema jurídico, pelo simples fato de que, apesar de denominar todo direito fundamental como um princípio, Alexy não estabelece seu conceito de princípio com base na sua generalidade ou fundamentalidade, mas sim na estrutura normativa aberta da qual o seu conceito é dotado¹³.

Alíás, esse problema é tão grave no direito brasileiro contemporâneo que se tem alegado que a teoria dos princípios teria sido transformada em um “oba-oba constitucional” na prática jurídica brasileira, visto que teorias estrangeiras, mais precisamente a de Robert Alexy, têm sido distorcidas pelo não cumprimento do procedimento argumentativo racional e jusfundamentado necessário ao afastamento de direitos fundamentais ou princípios durante, por exemplo, a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação ou sopesamento de princípios ou direitos fundamentais)^{14 15 16}.

discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 912.

¹³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. p. 612/613.

¹⁴ Sustenta-se que, apesar de reconhecerem e aplicarem, em boa medida, os posicionamentos de Robert Alexy (i) de que os direitos fundamentais possuem, em grande medida, estrutura de mandamentos de otimização (princípios) que devem ser efetivados na melhor medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam no caso concreto; (ii) de que em um sistema comprometido com os valores normatizados pela Constituição é freqüente a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, o que conduzirá à necessária relativização dos mesmos;

Nesse contexto de críticas à utilização indiscriminada de institutos como a proporcionalidade, George Marmelstein Lima ilustra anedota em que um rico fazendeiro ludibriava um dono de cassino e seus melhores crupiês para sustentar que vigoraria entre nós, em relação ao referida instituto, uma chamada teoria da *katchanga*, já que:

No fundo, a ideia de sopesamento/ balanceamento/ ponderação/ proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a

e (iii) de que a ponderação ou sopesamento (ou ainda proporcionalidade em sentido estrito) será um procedimento indispensável para a solução de tais colisões entre direitos fundamentais, os juristas brasileiros não têm observado os procedimentos destacados pelo autor germânico para aplicar a proporcionalidade, especialmente a utilização de uma argumentação objetiva, racional e juridicamente fundamentada que afasta os vícios da subjetividade, da arbitrariedade e da irracionalidade na aplicação da referida regra na solução de colisões entre direitos fundamentais normatizados como princípios jurídicos.

LIMA, George Marmelstein. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexy-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 16/02/2010.

¹⁵ Essa utilização indiscriminada de institutos como a proporcionalidade também já havia sido detectada por outros renomados doutrinadores brasileiros, conforme se verifica pela arguta observação de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, segundo o qual: “Mesmo porque o problema ganha proporções de epidemia no Brasil: o princípio da proporcionalidade, ícone da jurisprudência de valores, se tornou a panacéia para tudo. Ele é empregado de forma tão desenfreada que basta ao magistrado citá-lo para que considere pronta a fundamentação de sua decisão. Não é preciso detalhar nada. Se há incidência de proporcionalidade, de certo se cumpriu a exigência do art. 93, inciso IX de nossa Carta atual. “

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 205.

¹⁶ No mesmo sentido Virgílio Afonso da Silva aponta que:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “a luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais nº 798. Abril/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a *katchanga* real!¹⁷

Constatações como essa fundamentam as críticas de que a utilização de institutos como a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação por nossos Tribunais dá-se de maneira “irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai”¹⁸, à medida que boa parte dos julgados que empregam os institutos não costumam observar “a necessidade de argumentar objetivamente e de decidir com transparência”¹⁹, ou porque não explicitam o conceito de proporcionalidade sob o qual se decide ou porque não justificam a aplicabilidade do instituto ao caso concreto²⁰.

Nos raros casos em que isso acontece, falta coerência teórico-argumentativa à decisão judicial, porque apesar de justificar-se a colisão de direitos fundamentais e a necessidade

¹⁷ Segundo o autor, na referida anedota o fazendeiro não se submete a nenhum dos típicos jogos de cassino e diz que somente jogará a “Katchanga”, hipótese em que o dono do cassino põe seus melhores crupiês para jogarem a tal da “Katchanga” com o cliente mesmo sem conhecer as regras para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro possível dele.

Na primeira mão, o fazendeiro deu as cartas e, do nada, gritou: “Katchanga!” E levou todo o dinheiro que estava na mesa.

Na segunda mão, a mesma coisa. “Katchanga”! E novamente o cliente limpou a mesa.

Assim foi durante a noite toda. Sempre o fazendeiro dava o seu grito de “Katchanga” e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês.

De repente, um dos crupiês teve uma idéia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade: “Katchanga!”

Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o fazendeiro, com uma voz mansa mas segura, disse: “Espere aí. Eu tenho uma Katchanga Real!”.

E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa...

¹⁸ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

¹⁹ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

²⁰ PEREIRA, Bruno Ramos. *Op. Cit.* p. 14.

de sua consequente relativização, deixa-se de “*fundamentar consistentemente a escolha*” pelo direito que deverá prevalecer na referida colisão ²¹.

Diante desse quadro torna-se essencial - ainda que superficialmente ²² - fazermos a caracterização dos institutos da proporcionalidade, da ponderação de princípios e da razoabilidade, vez que, se por um lado, tais institutos são inexoráveis às ordens jurídicas contemporâneas baseadas na precedência axiológica e normativa dos direitos fundamentais, por outro lado sua adequada configuração é essencial à atribuição de racionalidade e controlabilidade exigida por sistemas jurídicos que se pretendem minimamente organizados e baseados na ideia de Estado democrático constitucional de direito.

Até porque a própria legitimidade da aplicabilidade dos referidos institutos depende dessa sua conformação teórica, pois, como bem ensina Humberto Ávila, não só o rigor metodológico e a especificidade do discurso jurídico assim o exigem, mas também porque não é aceitável “confundir exames concretos diferentes pelo uso unificado de uma só expressão ou pelo uso alternativo de várias expressões” para designar-se a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação como sendo institutos idênticos ²³.

3. A PROPORCIONALIDADE COMO REGRA CONSTITUCIONAL PARA A SOLUÇÃO DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

²¹ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

²² Para uma análise mais profunda do tema, veja-se MORAIS, Dalton Santos. A proporcionalidade no processo civil brasileiro à luz da teoria do direito de Robert Alexy e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Dissertação de Mestrado em Direito Processual. Maio, 2011. Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES.No prelo.

²³ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Teoria dos princípios. p.175/179.

Ainda que não se possa apropriar-se da definição de termos jurídicos, não se pode desconsiderar que a doutrina constitucionalista brasileira reconhece e aplica, em boa medida, os posicionamentos de Robert Alexy (i) de que os direitos fundamentais possuem, em grande medida, estrutura de mandamentos de otimização (princípios) que devem ser efetivados na melhor medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam no caso concreto; (ii) de que em um sistema comprometido com os valores normatizados pela Constituição é freqüente a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, o que conduzirá à necessária relativização dos mesmos; e (iii) de que a ponderação ou sopesamento (ou ainda proporcionalidade em sentido estrito) será um procedimento indispensável para a solução de tais colisões entre direitos fundamentais ²⁴.

Diante disso é perfeitamente possível adotar a teoria do direito do autor germânico para configurar, normativamente, a proporcionalidade como uma decorrência lógica do estabelecimento de direitos fundamentais como normas principiológicas, sendo desprocurado tentar fundamentar o referido instituto em uma ou outra disposição do texto Constitucional ^{25 26}.

Fundamentando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF), Robert Alexy entende

²⁴ LIMA, George Marmelstein. *Op. Cit.*

²⁵ “Uma das teses centrais da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais.” (grifei)

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 588.

²⁶ “A despeito da opinião de inúmeros juristas da mais alta capacidade, entendo que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade, é uma busca fadada a ser infrutífera.” (grifei)

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 43.

que o emprego da proporcionalidade na colisão entre direitos fundamentais decorre da imprescindível natureza de mandamentos de otimização destes, vez que a efetivação dos direitos fundamentais depende da relativização das possibilidades fáticas e jurídicas das normas em conflito; relativização esta que, em relação às possibilidades fáticas, caberá às submáximas da adequação e da necessidade, e, em relação às possibilidades jurídicas, caberá à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito ²⁷.

De ver-se, portanto, que para o autor germânico o fundamento da proporcionalidade, enquanto máxima para a solução de colisões entre direitos fundamentais, decorre da própria estrutura destes como princípios – enquanto mandamentos de otimização –, vez que tais direitos não podem ser estabelecidos como posições definitivas, mas sim como posições *prima facie* que devem ser efetivadas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto em se evidencie sua colisão ^{28 29}.

É exatamente essa relação entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais estruturados como princípios ou “mandamentos de otimização” que não pode conduzir o intérprete jurídico a identificá-la como um princípio constitucional – não pelo menos na teoria de Robert Alexy –, vez que o próprio autor germânico faz questão de denominar a

²⁷ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 117/118.

²⁸ Como um princípio de direito fundamental exige a proteção mais abrangente possível do bem constitucionalmente protegido, segundo Alexy é possível afirmar que uma restrição ao bem protegido é uma restrição ao direito *prima facie* declarado por um direito fundamental, hipótese em que as restrições a direitos fundamentais podem ser conceituadas “como normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”.

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 281.

²⁹ “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.*” (*grifo do autor*)

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 43.

proporcionalidade como sendo uma “máxima” e não um “princípio”, evidenciando assim que a proporcionalidade por ele utilizada como instrumento de operacionalização do sopesamento entre razões e contrarrazões para a incidência da proteção constitucional ao direito fundamental prevalente não pode ser confundida com o que boa parte da doutrina chama de um princípio-norma da proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva, na sua nota como tradutor de obra de Robert Alexy para a língua portuguesa, ressalta que foi exatamente isso que o levou a utilizar-se do termo “máxima” em língua portuguesa para referir-se à proporcionalidade: deixar clara a distinção feita por Alexy em sua obra original em alemão³⁰.

Nesse intento o professor paulista demonstra que Alexy não se utilizou do termo alemão “*prinzip*” para referir-se à proporcionalidade, mas sim do termo alemão “*grundsatz*” justamente para afastar da proporcionalidade a natureza de norma-princípio recorrentemente por ele denominada em alemão como “*prinzip*” na sua obra original em alemão³¹.

O que aparentemente seria uma mera banalidade linguística, pode, na verdade, representar graves impropriedades terminológicas quando se traduz o termo “*grundsatz*” utilizado por Robert Alexy para se referir à proporcionalidade como normalmente se traduz o referido termo do alemão para outras línguas, ou seja, como “princípio”, sem se observar que o referido autor germânico teve o cuidado de diferenciar a denominação da proporcionalidade mediante a utilização dos termos “*grundsatz*” e “*prinzip*” em sua obra original em alemão: este para os princípios-norma e aquele para a proporcionalidade.

Impropriedade essa que se verifica da tradução de

³⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Nota do tradutor. p. 10/11. In ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 09/13.

³¹ *Ibidem.*

escritos de Robert Alexy para o inglês em que a expressão em alemão “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*” é traduzida para “*principle of proportionality*”^{32 33} e na doutrina brasileira pela obra de Luís Afonso Heck em que se traduz aquela expressão germânica utilizada por Robert Alexy para “princípio da proporcionalidade”³⁴.

Parece-nos que Virgílio Afonso da Silva tem razão ao fazer a referida crítica a tais posicionamentos, pois quando verificamos a obra original do autor em alemão^{35 36}, é

³² Ver a tradução de Stanley L. Paulson em ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. p. 572/573. In I-CON. v.3. Number 4. Oxford University Press and New York University School of Law, 2005. p. 572/581.

³³ Em sentido semelhante, quanto à tradução de “*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*” para “*principle of proportionality*”, ver também a tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson em ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Trad.. p. 294 e 297. In Ratio Juris. V. 13. No. 3. Setembro, 2000. p. 294/304.

³⁴ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. Trad. Luís Afonso Heck. p. 156. In ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 155/165.

³⁵ Em sua obra em alemão, ao se referir à ponderação, Alexy assim se pronuncia: “*1. Abwägung.*

Eines der Hauptthemen der gegenwärtigen Debatte über die Grundrechtsinterpretation ist die Abwägung. Die Abwägung spielt in der aktuellen Praxis vieler Verfassungsgerichte eine zentrale Rolle. Im deutschen Verfassungsrecht ist sie ein Teil dessen, was durch ein umfassenderes Prinzip gefordert wird. Dieses umfassendere Prinzip ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser besteht aus drei Teilgrundsätzen: denen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne. Alle drei Teilgrundsätze sind Ausdruck der Idee der Optimierung. Grundrechte im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu interpretieren bedeutet, sie als Optimierungsgebote, das heißt als Prinzipien im normtheoretischen Sinne, und nicht als bloße Regeln, zu behandeln. Als Optimierungsgebote sind Prinzipien Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und die tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird (Alexy 1996: 75).

Die Teilgrundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit betreffen die Optimierung relative auf die tatsächlichen Möglichkeiten. Sie sind damit Ausdruck der Idee der Pareto-Optimalität. Der dritte Teilgrundsatz, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, betrifft die Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten. Die rechtlichen Möglichkeiten werden wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt. Der für das Verhältnis von Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung entscheidende Punkt ist, dass die Abwägung aus nichts

perfeitamente possível perceber a clara intenção do autor germânico em distinguir a proporcionalidade daquilo que ele conceitua como uma espécie de norma principiológica, vez que o autor denomina estas como “*Prinzip*” e aquela como

anderem besteht als aus der Optimierung relativ auf gegenläufige Prinzipien. Der dritte Teilgrundsatz enthält damit ein Abwägungsgebot. Es kann in folgende Regel gefasst werden:

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

Diese Regel kann als “Abwägungsgesetz” bezeichnet werden (Alexy 1996: 146).”

ALEXY, Robert. *Abwägung, verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation*. p. 250. In *Politik und Recht: PVS – Politische Vierteljahresschrift. Sonderheft 36*. Michael Becker, Ruth Zimmerling (Hrsg.). August, 2006. P. 250/258. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?id=Dzn5bwyhKW8C&printsec=frontcover#v=snipet&q=Verh%C3%A4ltnism%C3%A4%C3%9Figkeit&f=false>> Acesso em 18/11/2010.

³⁶ Pode-se traduzir o trecho da obra original em epígrafe na nota anterior do seguinte modo:

“1. Ponderação.

Um dos temas principais do debate atual sobre a interpretação dos direitos fundamentais é a ponderação. A ponderação desempenha, na prática atual de muitos tribunais constitucionais, um papel central. No direito constitucional alemão, ela é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é a máxima da proporcionalidade. Essa consiste de três máximas parciais: a da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais são expressão da idéia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz da máxima da proporcionalidade significa trata-los como mandamentos de otimização, ou seja, como princípios no sentido teórico-normativo e não como meras regras. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas (Alexy 1996:75).

As máximas parciais da adequação e da necessidade concernem à otimização relativamente às possibilidades fáticas. Elas são, assim, expressão da otimização de Pareto. A terceira máxima parcial, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, concerne à otimização relativamente às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. O ponto decisivo para a relação de ponderação e o exame da proporcionalidade é que a ponderação compõe-se de nada mais que da otimização relativamente a princípios em sentido contrário. A terceira máxima parcial contém, assim, um mandamento de ponderação. Ele pode ser formulado na regra seguinte:

Quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Essa regra pode ser designada como “lei de ponderação” (Alexy 1996: 146).” (tradução livre)

“*Grundsatz*”, sendo esta subdividida naquilo que o autor germânico chama de “submáximas” da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, - “*Teilgrundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*” - e não como subprincípios, pois se assim pretendesse o autor ele os denominaria em alemão como “*Teilprinzip*”.

Muito além de uma mera verificação linguística, tal distinção terminológica empregada por Alexy é extremamente coerente com a sua teoria dos princípios e da proporcionalidade, à medida em que, ao invés de ser um “mandamento de otimização” realizável na maior medida do possível, de acordo com o seu sopesamento em relação a um outro princípio-norma que lhe seja contraditório no caso concreto, a proporcionalidade não pode ter os seus sub-elementos - “adequação”, necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito” - sopesados contra algo, pois sob seu exame deve se verificar se eles foram satisfeitos ou não durante o processo de sopesamento dos princípios de direitos fundamentais colidentes³⁷.

Pode-se verificar, portanto, que, sob uma teoria de princípios como a estabelecida por Robert Alexy, não se pode considerar a proporcionalidade como um princípio-norma, porque não há qualquer possibilidade de sua concretização gradual, pois, diferentemente dos princípios-norma, a aplicação da proporcionalidade, ainda que trifásica, não se submete às possibilidades fáticas e jurídicas reinantes no caso concreto, mas as instrumentaliza para permitir que o juiz possa decidir pela prevalência integral ou parcial de um ou de outro direito fundamental em colisão; hipótese em que a proporcionalidade é aplicada mediante subsunção^{38 39}.

³⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117.

³⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 26.

³⁹ Lembremo-nos que, na teoria de Robert Alexy, as regras são aplicadas mediante subsunção e os princípios, enquanto “mandamentos de otimização”, devem ser

Assim, parece-nos que a proporcionalidade, enquanto instrumento para solução de colisões entre direitos fundamentais, não pode ser definida como um princípio, vez que a mesma não pode produzir efeitos em variadas medidas, devendo ser considerada como uma regra à medida que sua aplicação dá-se de forma constante, pois, no âmbito das restrições a direitos fundamentais, a proporcionalidade é uma “regra de interpretação e aplicação do direito (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”^{40 41}. (grifei)

Tal posicionamento é assentado de maneira precisa pelo próprio Robert Alexy, vez que, na sua teoria de direitos fundamentais, para afastar a pretensão de denominar-se a proporcionalidade como um princípio-norma, o autor evidencia o enquadramento dos sub-elementos da proporcionalidade na categoria de normas-regras^{42 43}.

aplicados na melhor medida das possibilidades fáticas e jurídicas, mediante a utilização da máxima da proporcionalidade.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 24.

⁴¹ O professor paulista manteve a posição em obra mais recente, pois continua entendendo que “o sopesamento é apenas um dos instrumentos abrangidos pela regra da proporcionalidade”.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 161.

⁴² “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade.” Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117.

⁴³ O autor germânico, inclusive, referenda esse posicionamento mais recentemente quando afirma que a proporcionalidade em sentido estrito, enquanto submáxima da proporcionalidade, é um mandamento de ponderação que pode ser formulado na seguinte regra “quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um

Portanto, se se adota a teoria dos princípios de Robert Alexy, a proporcionalidade pode ser definida, no âmbito de sua perspectiva normativa, como uma regra ⁴⁴ constitucional que, derivada da instituição dos direitos fundamentais mediante normas constitucionais realizáveis na melhor medida do possível, teria a função de aferir as possibilidades fáticas e jurídicas sob as quais deve um direito fundamental prevalecer em detrimento de outro dotado da mesma natureza constitucional no caso concreto.

4. A PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL DA PROPORCIONALIDADE.

Sustentando a necessidade de que a argumentação utilizada para as decisões jurídicas deve basear-se em padrões jurídicos já estabelecidos, eis que deve estar vinculada às leis e aos precedentes e tem de observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica ⁴⁵, Alexy propugna a necessidade de justificação interna e externa da correção das

princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”, podendo essa regra ser denominada como a sua “lei de ponderação”. No original:

“(…) *Der dritte Teilgrundsatz enthält damit ein Abwägungsgebot. Es kann in folgende Regel gefasst werden:*

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

Diese Regel kann als “Abwägungsgesetz” bezeichnet werden (Alexy 1996: 146).”

ALEXY, Robert. *Abwägung, verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation*. Op. cit. p. 250.

⁴⁴“(…) a proporcionalidade não constitui princípio no sentido dado a esse último por teóricos do direito como Robert Alexy. Para quem adota a bipartição entre regras e princípios, a proporcionalidade apresenta muito mais natureza de regra do que de princípio”.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 161.

⁴⁵“*If one wants to express this in a short formula, it can be said that legal argumentation is bound to statutes and to precedents and has to observe the system of law elaborated by legal dogmatics.*”

ALEXY, Robert. *The especial case thesis*. Ratio juris nº 04. v. 12. Dez/1999. p. 375.

decisões jurídicas ⁴⁶ com o objetivo de justificar racionalmente os enunciados normativos por elas aplicáveis ⁴⁷ aos demais intérpretes, de forma a conferir legitimidade e controlabilidade à decisão assim produzida.

Estabelece-se, então, que a estrutura de justificação de uma dada decisão jurídica deve dar-se por meio de regras procedimentais pelas quais se permita aferir a racionalidade da decisão tomada, eis que uma teoria dos princípios “*conduce a estructuras de argumentación racional*” ⁴⁸ sob as quais se permite solucionar as colisões entre direitos fundamentais.

Reconhecendo que os direitos fundamentais nem sempre se encontram determinados pelo dispositivo constitucional que o positiva e que aqueles direitos terão natureza de princípios, à medida que deve ser buscada a sua ótima efetivação, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes na conjuntura sob a qual será tomada a decisão pelo intérprete e aplicador do direito, Alexy estabelece um conjunto de regras constitucionais sob o qual será possível determinar, racional e justificadamente, se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes permitem a prevalência de um dado direito fundamental em detrimento de outro direito dotado da mesma natureza constitucional.

Esse conjunto de regras constitucionais componentes da proporcionalidade, e decorrentes da própria estruturação dos direitos fundamentais como normas-princípios ⁴⁹ dotadas de

⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 218/225.

⁴⁷ LARRAÑAGA, Pablo. *Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* nº 1. 1994. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p000015.htm>>. Acesso em: 21/06/2009. p. 220.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa nº 05. 1998 p. 139/151. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 21/06/2009. p. 147/148.

⁴⁹ “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos

evidente relatividade, constitui-se em uma estrutura procedimental apta a conferir racionalidade intersubjetivamente controlável à decisão jurídica, segundo a qual se faz prevalecer um dado direito fundamental em uma colisão de direitos fundamentais de idêntica natureza constitucional.

Exatamente com essa finalidade de conferir racionalidade ao processo argumentativo de preponderância de um direito fundamental ou princípio é que Alexy estipula o sistema jurídico em três níveis, os níveis dos princípios, das regras e dos procedimentos, cabendo àqueles dois primeiros o lado passivo do sistema sob o qual se avalia a pretensão de correção de um enunciado normativo, e a este último, o nível dos procedimentos, o lado ativo do sistema sob o qual a argumentação jurídica deve ser realizada com racionalidade jurídica intersubjetivamente controlável, especialmente através da fundamentação das decisões judiciais^{50 51}.

Portanto, no âmbito da restringibilidade a direitos fundamentais, para se verificar se uma dada decisão pela

princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.(...)”

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 116/117.

⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *In* Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 271.

⁵¹ “O modelo de três níveis (regras/princípios/procedimentos) tem por base a orientação do sistema com base no conceito de razão prática, sendo que o nível da argumentação jurídica se constitui em procedimento assecutorio da racionalidade do sistema jurídico, a partir do processo de aplicação do Direito, que se pode estender desde o âmbito alargado da argumentação jurídica até o espaço mais restrito do processo de justificação judicial (...).”

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 1.ed. 3. tir. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 162.

prevalência de um direito fundamental está de acordo com a determinação constitucional que assegura prevalência político-jurídica a todos os direitos fundamentais, deve ser possível aferir a racionalidade e a fundamentação jurídica desta escolha através do procedimento que necessariamente será observado pelo intérprete para a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas que fundamentam esta escolha.

Assim é que a proporcionalidade, na teoria de Robert Alexy, apresenta-se como uma regra procedimental, através da qual não somente se solucionará a colisão entre direitos fundamentais, como também se conferirá racionalidade intersubjetivamente controlável ao difícil processo decisório das colisões entre direitos fundamentais⁵².

4.1. A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO OU A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS UMA DAS SUB-REGRAS PROCEDIMENTAIS DA PROPORCIONALIDADE.

Nessa perspectiva procedimental da proporcionalidade, entende-se que o instituto é composto por três sub-regras denominadas como (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, não sendo esta sub-

⁵² “Já vimos que para solucionar as denominadas “colisões de direitos” não basta uma alusão genérica à “técnica da ponderação”. É preciso de uma ferramenta metodológica que permita controlar a racionalidade dessas ponderações, ou melhor, de uma *regra que nos diga como se deve ponderar* (Alexy, 1997-a, p. 163). É este o terreno da denominada *máxima da proporcionalidade*, que aparece como o principal comando para otimizar princípios jurídicos.

A argumentação jusfundamental se diferencia da argumentação jurídica ordinária pelo fato de colocar a *máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais* (Alexy, 2001, p. 675). *Tal máxima aparece, aqui, como uma norma metodológica* que visa a garantir a racionalidade da denominada técnica da ponderação. Sua fundamentação, em termos dogmáticos, está na própria existência de princípios jurídicos.” (grifos do autor)

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. p. 273.

divisão do instituto um posicionamento exclusivo de Robert Alexy, pois outros autores alemães tais como Eberhard Grabitz⁵³ e Konrad Hesse⁵⁴, entendem que a proporcionalidade utilizada pelo TCF compõem-se desses três elementos parciais.

Portanto, de ver-se que, no âmbito da teoria de Robert Alexy e da jurisprudência do TCF - de onde o instituto é originário -, a proporcionalidade é dividida em três sub-regras, cabendo a que nos interessa no presente trabalho (proporcionalidade em sentido estrito) a efetiva ponderação ou sopesamento das possibilidades jurídicas sob as quais um dado direito fundamental irá prevalecer sobre outro de mesma envergadura constitucional⁵⁵.

No âmbito dessa concepção, após a verificação empírica de que a medida escolhida para a restrição de um dado direito fundamental visando à preponderância de outro direito fundamental é adequada e necessária, a otimização inerente à normatização dos direitos fundamentais por normas-princípios⁵⁶ conduz a que o intérprete e aplicador da proporcionalidade sopesse ou pondere, no âmbito das possibilidades jurídicas, os

⁵³ GRABITZ, Eberhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Apud BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 404.

⁵⁴ Para esse autor, a “coordenação *proporcional* de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais” por meio de uma limitação de direitos fundamentais deve ser “*adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada”; “*necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria” e, “finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.” HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. p. 256/257.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 118.

⁵⁶ “Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, *é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.*”

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 117/118.

princípios em colisão, a fim de verificar qual deve prevalecer na hipótese sob seu exame.

Dáí porque a proporcionalidade em sentido estrito é também denominada como sopesamento ou ponderação de direitos fundamentais ou princípios^{57 58}: sob tal sub-regra da proporcionalidade há que se realizar uma comparação qualitativa entre os princípios (direitos fundamentais) em colisão, a fim de definir qual deverá prevalecer na solução do

⁵⁷ “(...) Quando dois princípios válidos colidem, há duas ordens de otimização inconciliáveis entre si. A satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. A realização de um se faz às custas do outro. Torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução do problema. Está determinado, então, a ponderação. *A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação.*” (grifei)

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

⁵⁸ Considerando-se que a doutrina e a jurisprudência brasileira, tal como o fazem com a própria proporcionalidade, trabalham com conceitos diversos de ponderação como se fossem a mesma coisa, aqui é importante ressaltar que o conceito de sopesamento ou ponderação a ser doravante analisado é o de Robert Alexy.

Ainda que os demais conceitos de sopesamento ou ponderação sequer sejam objeto de exame em nosso trabalho, vale a pena esclarecê-los com a versão deles apresentada por Ana Paula de Barcellos, ressaltando que a autora carioca estipulou ela mesma um novo conceito de ponderação.

Segundo a referida autora, além do conceito alexeniano de ponderação, compreende-se a ponderação sob as seguintes formas:

(i) sem maiores rigores dogmáticos, como um “modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a natureza de princípios”, em que a ponderação se constituiria numa espécie de “técnica genérica de solução de aparentes tensões normativas” (p. 26);

(ii) em um sentido mais amplo, como “elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”, confundindo-se a ponderação com “a atividade jurídica de interpretação como um todo” (p.27);

(iii) como uma forma de aplicação dos princípios colidentes (p. 25);

(iv) após exaustivamente rejeitar os conceitos anteriores, mas reconhecer que o conceito por ela proposto e o “daquele que visualiza a ponderação como forma de aplicação dos princípios certamente produzirá amplas áreas de superposição”, define a autora a ponderação como uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas normas hermenêuticas tradicionais” (p. 35).

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23/38.

problema sob exame do intérprete.

Nos casos em que, no exame das sub-regras da adequação e da necessidade, não houve um juízo de reprovação da medida restritiva do direito fundamental sob o plano das condições fáticas, dever-se-á ser realizar “o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”⁵⁹.

5. A DISTINÇÃO ENTRE PROPORCIONALIDADE (PONDERAÇÃO) E RAZOABILIDADE.

A par da respeitabilidade de opiniões contrárias⁶⁰, parece-nos essencial demonstrar que há distinções teóricas e técnicas que obrigam o intérprete jurídico, e especialmente o judicial, a pautar-se sob uma consideração crítica distintiva entre a proporcionalidade e a razoabilidade como forma de assegurar o cumprimento da norma constitucional que determina a adequada fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, permitindo-se às partes, aos terceiros interessados e à própria sociedade aferir se a atuação jurisdicional detém racionalidade jurídica e se encontra suporte no ordenamento vigente e na cultura jurídica estabelecida em

⁵⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 40.

⁶⁰ Luís Roberto Barroso é a maior autoridade brasileira no tratamento indistinto à proporcionalidade e à razoabilidade na doutrina brasileira, vez que em sua opinião: “Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995.(...)”

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304.

nosso país.

É que, ao contrário do que se afirma ⁶¹, tratar como sinônimos conceitos díspares contraria a clareza analítico-conceitual que é “condição elementar da racionalidade de qualquer ciência” ⁶², tornando-se isso muito mais grave no direito onde o postulado da clareza analítico-conceitual tem “um significado ainda maior” ⁶³ por ser ele um ramo do conhecimento humano que faz parte das ciências práticas em que “(...) apenas muito indiretamente podem ser controladas por experiência empíricas” ⁶⁴.

⁶¹ É nessa linha de posicionamento que alguns juristas brasileiros acreditam ser essencial evidenciar a distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, especialmente para legitimar a aplicação dos institutos mediante a observância dos critérios jurídico-metodológicos a eles pertinentes, sob pena de violação à especificidade do discurso jurídico e à própria exigência de racionalidade necessária a conferir-lhe controlabilidade, pois:

“Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de esperar que o castigo seja classificado pelo filho – ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa – como desproporcional. Poder-se-ia dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados em sentido laico. *Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversas, caso seja aplicado um ou outro critério.* (grifei)”

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 27/28.

⁶² ALEXY, Robert. *Op. cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 43.

⁶³ *Ibidem.* p. 43.

⁶⁴ “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida do possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura de normas de direitos fundamentais

Afinal, considerando-se a especificidade do discurso jurídico, é um equívoco científico utilizar indistintamente palavras diferentes para denominar institutos jurídicos que sejam idênticos, pois afinal se há distinção terminológica “(...) não é desimportante, muito pelo contrário, utilizar o termo corretamente, com o significado técnico exato, porque é lesiva à ciência a utilização corriqueira de expressões técnicas diversas como sinônimas”⁶⁵.

É exatamente por isso que a pretensão de denominar institutos de origens e aperfeiçoamento tão diferentes - tanto histórica quanto culturalmente⁶⁶ - como idênticos peca por absoluta falta de responsabilidade científica, pois se a permeabilidade de institutos entre os grandes sistemas jurídicos é fruto da notável expansão cultural sofrida pelas sociedades contemporâneas, isto não torna dispensável considerar, por exemplo, que o surgimento dos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade ocorreram em sistemas jurídicos que, até então, eram estanques e possuíam características ímpares a lhes distinguir⁶⁷.

quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.” (grifei)

Ibidem. p. 43.

⁶⁵ *Ibidem.* p. 67.

⁶⁶ Muito embora trate a proporcionalidade como um princípio, Carlos Roberto Siqueira Castro, com a autoridade de maior estudioso brasileiro sobre a razoabilidade - especialmente se considerado o amplo estudo feito pelo autor quanto à gênese e o desenvolvimento do instituto no direito norte-americano - reconhece a existência de traços distintivos entre a razoabilidade e a proporcionalidade:

“Embora reconheçamos que o debate não deixa de apresentar arroubos retóricos, não raro destituídos de fundamentação convincente, mas que não chegam a comprometer a compreensão eidética do princípio, somos inclinados a pensar que, no rigor histórico e também teórico, existem singularidades específicas que diferenciam o esquema de aplicação da cláusula da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como suas respectivas conexões ou assentos constitucionais.”

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212.

⁶⁷ Parece-nos que a simples atribuição de sinonímia para afirmar-se que a proporcionalidade é idêntica à razoabilidade, sendo distintos os institutos apenas pelo fato desta ter-se originado a partir da cláusula do “devido processo legal” nos

Nessa linha e considerando que os institutos da proporcionalidade e razoabilidade podem ser diferenciados pelo menos quanto à origem histórica, ao desenvolvimento, à finalidade e à aplicação distinta dos institutos, bem como quanto à ausência de perspectiva procedimental na razoabilidade, poderíamos dizer então que os referidos institutos distinguem-se porque enquanto a proporcionalidade desenvolve-se como regra procedimental inerente à solução de reais colisões entre direitos fundamentais após a Lei Fundamental de Bonn de 1949 como decorrência lógica da estipulação de tais direitos como mandamentos de otimização (princípios) e como expressa determinação de que competiria ao TCF fazê-lo, a criação e o desenvolvimento da razoabilidade teve por finalidade imediata não a solução de restrições de direitos fundamentais ⁶⁸ como na Alemanha, mas sim a

Estados Unidos da América e aquela ter surgido na Alemanha, representa uma transposição insensata dos institutos, pois não se pode desconsiderar o conjunto de significados semânticos, jurídicos e metodológicos da proporcionalidade e da razoabilidade em cada um dos sistemas jurídicos onde os institutos foram originados e aperfeiçoados; muitos menos as diversas relações destes institutos com outros tantos, muitas vezes típicos apenas de um ou de outro sistema jurídico onde desenvolvidos.

⁶⁸ Segundo Alexandre Araújo Costa, o primeiro registro de anulação jurisdicional de uma lei com base no devido processo legal substantivo, do qual decorre para muitíssimos autores a razoabilidade, é de triste memória, pois foi com fundamento no referido instituto que a Suprema Corte norte-americana, no conhecido caso *Dread Scott v. Sandford* de 1856, declarou a inconstitucionalidade da então “Lei do Compromisso do Missouri” de 1820, sob a qual se proibia a escravidão em territórios federais acima de uma linha por ela estabelecida (COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 79.)

Pasmem, mas segundo o então Presidente da Suprema Corte norte-americana, Roger B. Taney, citado por João Gualberto Garcez Ramos, a referida lei seria inconstitucional, dentre outros motivos, porque “(...) a) os fundadores dos EUA não tencionaram tratar o negro como ser humano; b) conforme a tradição do direito estadunidense, portanto, negro não é ser humano, é coisa; c) *viola o princípio do devido processo legal uma lei que considerasse o negro um ser humano e, com isso, privasse alguém de sua propriedade*; (...); a Lei do Compromisso do Missouri (*Missouri Act, 1820*) é inconstitucional, por violação à 5ª. Emenda; (...)” (RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal.

fundamentação do controle jurisdicional sobre os demais atos do Poder Público, bastando para a sua aplicação, no direito estadunidense, a consideração meramente subjetiva do juiz quanto à adequação do ato questionado em relação ao senso comum de aceitabilidade social da medida eleita para alcançar o fim pretendido.

Ou seja, enquanto a razoabilidade pode ser considerada como um princípio material implícito que poderá ser confrontado com outros princípios para afastar medidas arbitrárias ou irrazoáveis segundo um senso comum do que é social, jurídica, política e economicamente aceitável⁶⁹, a proporcionalidade deve ser considerada como uma regra procedimental com aplicação subsidiária restrita às hipóteses de reais colisões entre princípios ou direitos fundamentais que não possam ser solucionadas sem a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas que fundamentem a prevalência de um direito fundamental ou princípio sobre outro de igual envergadura.

Essa forma de diferenciar a proporcionalidade e a razoabilidade não é uma posição original entre nós, vez que, na doutrina brasileira, já se detectou com muita acuidade que “enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias”, a proporcionalidade “determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos

Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 46. 2007. p. 106. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600>> Acesso em 05/11/2010).

⁶⁹ Entende-se que, apesar do princípio da razoabilidade na jurisprudência americana ser analisado sob a adequação entre meio empregado e o fim perseguido, o que difere o instituto, enquanto derivado do *substantive due process of law*, é a possibilidade de controle judicial dos atos “irrazoáveis” do Poder Público por não estarem conforme a uma série de princípios filosóficos, políticos, sociais, religiosos, aos quais se considera ligada a existência da sociedade e da civilização norteamericana.

LINARES, Juan Francisco. *Op. Cit.* p. 29.

constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos”⁷⁰.

6. A PRETENSÃO DE POSITIVAÇÃO DA RAZOABILIDADE NO PROJETO DO NOVO CPC.

O ordenamento jurídico positivo e recente proposição legislativa, esta no campo do direito processual civil, corroboram a tese de que é necessário considerar os aspectos distintivos entre os institutos da razoabilidade e da proporcionalidade, atribuindo respectivamente a cada deles o seu real campo de aplicação.

Apesar de sustentar-se inexistir expressa posituação constitucional dos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, parece-nos que a primeira⁷¹ distinção entre os institutos foi feita na

⁷⁰ PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o direito tributário. São Paulo: Dialética, 2000. p. 89/90.

⁷¹ Cronologicamente, a primeira menção expressa do ordenamento positivado aos institutos da razoabilidade e da proporcionalidade deu-se na Lei nº 9.784/1999, que, editada para regular o processo administrativo federal, ultrapassou os seus limites para determinar no *caput* do art. 2º que a Administração Pública federal deverá obedecer, dentre outros, aos “princípios” da razoabilidade e proporcionalidade.

A referida lei ultrapassou os limites para a qual editada porque, apesar de sua pretensão de instituir “normas básicas sobre o processo administrativo federal no âmbito da Administração Federal” (art.1º), não se limitou a dispor sobre institutos de natureza processual ou procedimental, vez que a mesma instituiu também determinações de natureza material a serem aplicadas pela Administração Pública federal.

Foi o que ocorreu nessa posituação da proporcionalidade e da razoabilidade, já que a disposição normativa em epígrafe, ao determinar que a Administração Pública federal deverá obedecer aos “princípios” da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, deixa clara a imposição de que os agentes públicos no exercício de qualquer função administrativa, e não apenas naquela realizada no âmbito de relação jurídica processual administrativa, observe os referidos “princípios”.

Exatamente porque a posituação dos institutos aqui mencionada relaciona-se materialmente com o direito administrativo brasileiro e porque a designação de princípio conferida pela referida disposição normativa corresponde ao conceito de princípio típico de nossa cultura jurídica - norma de alto grau de generalidade e axiologicamente fundamental ao sistema jurídico - e não ao conceito de princípio

CF/88, quando o legislador constituinte derivado, através da EC 45/2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição para determinar como direito fundamental que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a *razoável* duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Perguntamo-nos se essa *razoável* duração do processo não seria exatamente o exposto reconhecimento constitucional da invalidade de posturas processuais arbitrárias do Poder Público – tanto judiciais, quanto administrativas – que impeçam irrazoavelmente o término de uma relação jurídica processual?

Parece-nos que esse seja exatamente o caso se considerarmos que a inserção da razoável duração do processo como um direito fundamental na CF/88 decorre de um consenso social, jurídico e político a respeito da necessidade de que as relações processuais sob as quais são solucionados os conflitos sociais sejam céleres, a fim de evitar que o mecanismo estabelecido para conferir validade às decisões administrativas e judiciais seja completamente desconexo de uma realidade marcada pela inexorável e constante influência da evolução das telecomunicações sobre todos os níveis das relações humanas.

Afinal, se desde o último quartel do século XX até este início de século XXI, é possível movimentar-se capitais

como mandamento de otimização adotado pelo presente trabalho, não realizaremos um exame da proporcionalidade no âmbito da Lei 9.784/1999 porque isso importaria em transbordar os estreitos limites do presente trabalho.

Entretantes, se é prudente pautar-se assim, ainda que sob um exame meramente superficial podemos afirmar que a simples menção expressa da lei a respeito de dois “princípios” do direito administrativo serve para inviabilizar a interpretação de os referidos institutos - razoabilidade e proporcionalidade - sejam idênticos e sinônimos mesmo neste ramo do direito brasileiro, pois afinal, como orienta consagrado método de interpretação jurídica segundo o qual “a lei não contém palavras inúteis”, não se pode desconsiderar que a lei fez questão de diferenciar os institutos dando-lhes nomes distintos (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 262.).

equivalentes a todo o PIB ⁷² de um país emergente em questões de segundos pela *internet* de um a outro “mercado” do planeta por um único investidor, com todas as inevitáveis consequências que isto importa em um mundo globalizado sob os auspícios de um único modelo econômico capitalista, é socialmente inadmissível que não se tenha qualquer preocupação com o tempo de duração de uma demanda judicial ou administrativa.

Isso porque diante de uma sociedade complexa ⁷³ e caracterizada pela maximização de toda e qualquer espécie de relação entre os diversos agentes que a compõe, decorrente do impressionante estágio de evolução da tecnologia das telecomunicações a nível planetário, entendeu-se, com atraso ⁷⁴, por normatizar a enorme preocupação contemporânea com a

⁷² “PIB significa o valor total da produção de bens e serviços verificada dentro das fronteiras do país, em determinado período de tempo, sem considerar a nacionalidade dos que se apropriaram dessas rendas, sem descontar rendas eventualmente remetidas ao exterior e sem considerar as rendas provenientes do exterior.”

HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. Jus Navegandi. Teresina, ano 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28/12/2008.

⁷³ “Trata-se de um tipo de sociedade que requer um grau recorrentemente mais alto de complexidade para a sua reprodução, uma sociedade, portanto, insatisfeita consigo mesma. Desde o seu nascimento, uma sociedade que se diferencia, que se especializa para poder se reproduzir num grau de complexidade tão grande que exigiu a invenção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais; requereu a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, ou seja, tornou plausível e exigiu a ideia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais, em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e exercermos as nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e exercermos as diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercermos nossas liberdades. E, ainda assim, ou melhor, precisamente por isso, nos respeitarmos como iguais.”

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 143.

⁷⁴ “Frente à sempre maior complexidade das relações sociais e econômicas e,

duração do processo, sob pena de o mecanismo designado para a solução dos conflitos sociais, o processo, situar-se em evidente contradição às necessidades da própria sociedade de ver seus conflitos, cada vez mais complexos e urgentes, solucionados em tempo hábil a permitir o restabelecimento da paz necessária à convivência social, devendo a duração razoável do processo “(...) tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República”⁷⁵.

Por isso se diz que, ao contrário do que se pensava há algum tempo atrás, o direito processual não deve ser interpretado como sustentáculo a formalidades tradicionais que não tenham por finalidade assegurar a celeridade do processo e a eficácia da prestação jurisdicional, pois, tal como ressalta renomado processualista argentino, qual o sentido contemporâneo que teria a previsão do código de processo civil argentino onde se estipula a necessidade de impressão dos documentos judiciais em tinta preta ou azul, senão um formalismo inútil?⁷⁶ Ou ainda que as notificações judiciais, na Argentina, baseiem-se em exigências formais do século XVIII, época em sequer se conhecia tecnologias como o *fac-simile*, o qual, atualmente, já está até ultrapassado como instrumento de tecnologia de comunicação?⁷⁷

portanto, das situações jurídicas carentes de tutela jurisdicional, o legislador processual está freqüentemente atrasado em decênios em relação ao surgimento dos problemas que deve enfrentar.”

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Valladolid: 1999, n. 22. p. 312. Disponível em <<www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 02/12/2008.

⁷⁵ MARINONI, Luís Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocetalismo”*. In Revista de processo nº 151. São Paulo: RT, 2007. p.

Sustenta-se, portanto, que é necessário suplantar o entendimento tecnicista de que o critério temporal de duração do processo não tem fundamento jurídico⁷⁸, pois se considerarmos a influência axiológica que os valores sociais, políticos e econômicos normatizados pela Constituição⁷⁹ exercem sobre todos os demais ramos do direito contemporâneo brasileiro, inclusive o processo civil, não há como se olvidar a necessária consideração da celeridade processual.

Disso se depreende que a consideração jurídica da definição da demanda em tempo hábil deve ser empreendida pelo direito processual civil contemporâneo, vez que a rápida solução judicial das relações jurídicas materiais defeituosas ou não observadas espontaneamente certamente é um dos valores sociais que caracteriza a sociedade brasileira contemporânea, tanto que a EC 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição de 1988, normatizando assim a celeridade

59/71.

⁷⁸ Vincenzo Vigoriti posiciona-se neste sentido: “Uma análise profunda do custo e da duração dos processos impõe o estudo e o emprego de metodologia de pesquisa de natureza econômica e estatística bastante complexas e, portanto, estranha à cultura jurídica.”

In Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália. p. 142. *Apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. Revista de Processo nº 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁹ “*La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a los juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente como guía para los juristas, para los ciudadanos. La Constitución nos es solo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural e fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones ‘vivas’, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son la forma y la materia que constituye la mejor expresión y mediación de la cultura, el marco para la (re)producción y la recepción cultural, así como el almacén de las ‘informaciones’ culturales, las experiencias, las vivencias y la sabiduría, sobrevenidas.*”

HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional Europeo. Cuestiones Constitucionales*. México, enero, junio, n. 2, 2000. p. 89.

processual como um direito fundamental.

Sob esse consenso de que uma demanda judicial não pode perdurar irrazoavelmente, parece-nos óbvio que essa expressa razoabilidade da duração do processo possa ser compreendida como um princípio material que, por si só, impõe o afastamento de alguma evidente, incontroversa e antijurídica continuidade do processo^{80 81} toda vez que o magistrado possa aferir se a medida judicial ou administrativa impugnada é flagrantemente dissonante daquele consenso sócio-político normatizado pela EC 45/04.

⁸⁰ “MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. PEDIDO DE CONVERSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM REPARAÇÃO MENSAL, PERMANENTE E CONTINUADA. LEI 10.559/2002. FORMULADO HÁ QUASE CINCO ANOS, SEM QUALQUER RESPOSTA DA AUTORIDADE COATORA. OMISSÃO CONFIGURADA. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIACÃO DO PLEITO (ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88). PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 49 DA LEI 9784/99. PRECEDENTES.

1. Situação em que o impetrante protocolou, no Ministério da Justiça, o pedido de conversão do benefício previdenciário de aposentadoria de anistiado em reparação mensal, permanente e continuada em 11 de novembro de 2003, ou seja, há quase cinco anos.

2. Vê-se, portanto, que a demora do Poder Público em responder à pretensão do interessado ultrapassa os limites da razoabilidade, em contraposição aos princípios da celeridade e da eficiência, inscritos, respectivamente, no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei 9.784/99.

(...)

4. Na linha da orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, deve a autoridade coatora julgar definitivamente o pedido formulado pelo impetrante no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, desde que expressamente motivado, conforme estabelecido no art. 49 da Lei 9.784/99, aplicado de forma subsidiária.

5. Segurança concedida.” (grifei)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 13545-DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 3ª. Seção. J. 29/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/10/2010.

⁸¹ No mesmo sentido de que a prolongada indefinição de uma resposta ao administrado importa em evidente e incontroversa violação à razoável duração do processo administrativo, outros acórdãos da 3ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça: MS 13584-DF. Rel. Min. Jorge Mussi. J. 13/05/2009.; MS 12847-DF. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. J. 28/03/2008.

Entretanto, se por um lado essa *razoável* duração do processo pode ser caracterizada como o expresse reconhecimento de um princípio constitucional que veda a adoção pelo Poder Público – tanto judicial quanto administrativamente – de posturas arbitrárias que impeçam indevidamente o término de uma relação jurídica processual, independentemente de um sopesamento entre a razoável duração do processo e outro direito fundamental ou princípio quando a prevalência da contrarrazão for “tão clara que a realização de um sopesamento se torne completamente supérflua”⁸², por outro lado essa mesma razoável duração do processo não pode ser juridicamente confundida como uma também positivação da proporcionalidade, pois esta não goza da natureza jurídica de princípio-norma que pode ser confrontado com outros princípios, tais como a ampla defesa e o contraditório, para afastá-los em determinado caso concreto.

Sim, porque gozando da natureza de direito fundamental ou princípio essa razoável duração do processo não pode ser confundida com a regra procedimental da proporcionalidade sob a qual se extrairá um procedimento racionalmente fundamentado para verificar-se a inadequação, a desnecessidade ou a desproporcionalidade em sentido estrito de uma medida que restringe um dado direito fundamental ou princípio no âmbito de uma efetiva colisão entre os direitos fundamentais ou princípios da razoável duração do processo e da ampla defesa/contraditório, por exemplo.

Ou seja: o expresse reconhecimento da razoabilidade da duração do processo pela CF/88 nada mais é do que um dos direitos fundamentais ou dos princípios que terão suas possibilidades fáticas e jurídicas aferidas pela regra procedimental da proporcionalidade durante a solução que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise conferir, por exemplo, a uma real colisão entre os

⁸² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 321.

princípios ou direitos fundamentais da razoável duração do processo de um lado e da ampla defesa/contraditório de outro.

Nessa situação não há campo para a razoabilidade como regra procedimental de solução do caso concreto, pois esse caso difícil ou duvidoso em que será necessário recorrer-se ao sopesamento das razões e contrarrazões para a proteção constitucional de um direito fundamental representa, efetivamente, uma colisão entre direitos fundamentais a ser resolvida através da aplicação da regra da proporcionalidade⁸³ e não pela incidência do princípio material da razoabilidade da duração do processo.

Disso se depreende que o próprio legislador constituinte derivado, ainda que inconscientemente, reconheceu a diferença entre os institutos ao positivar somente o princípio da razoabilidade da duração do processo no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, mantendo a proporcionalidade adstrita ao seu campo de regra procedimental que permitirá aferir as condições fáticas e jurídicas sob as quais essa razoável duração do processo possa prevalecer sobre outros direitos fundamentais de ordem processual.

E bem assim agiu o legislador constituinte derivado, pois como a proporcionalidade decorre da própria sistematização dos direitos fundamentais como princípios⁸⁴, uma pretensão

⁸³ “(...) sempre que surgirem dúvidas acerca da proteção ou da não-proteção constitucional, a teoria ampla pode pressupor a existência de um caso real de direitos fundamentais, o que abre o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade. (...)” (grifei)

ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 328.

⁸⁴ “Princípios e ponderações (proporcionalidade em sentido estrito) são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação.”

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo (RDA)* nº 217. Renovar: Rio de Janeiro, 1999. p. 75.

legislativa de fundamentar o instituto no direito positivado apresenta-se como despicienda ^{85 86}.

Parece-nos que situação semelhante ocorre em recente pretensão de modificação da legislação processual brasileira, à medida que o art. 6º ⁸⁷ do anteprojeto de novo Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado não sofreu alterações no projeto de lei substitutivo (Emenda nº 221-CTRCPC) ⁸⁸ recentemente aprovado por aquela Casa Legislativa em 15/12/2010 ⁸⁹.

A exposição de motivos do anteprojeto de CPC ⁹⁰ indica que a inclusão dos referidos “princípios constitucionais de especial importância para todo o processo civil” no novo Código tem por pretensão harmonizá-lo com a CF/88, o que de fato acontece se verificarmos que o referido projeto de lei de novo CPC aprovado pelo Senado, tal como foi feito no art. 5º, LXXVIII da CF/88, pretende-se positivar *apenas* um chamado “princípio da razoabilidade” no capítulo sobre os princípios e garantias do processo civil, sem, no entanto, fazer qualquer menção à proporcionalidade como um princípio reitor do processo civil brasileiro.

A ausência de menção expressa à proporcionalidade indica que o legislador não tem a pretensão de positivá-la como um princípio do processo civil brasileiro, mas de positivar

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* Teoria dos direitos fundamentais. p. 588.

⁸⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Op. Cit.* O proporcional e o razoável. p. 43.

⁸⁷ “Art. 6º - Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre *os princípios* da dignidade da pessoa humana, *da razoabilidade*, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

⁸⁸ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em 26/01/2011.

⁸⁹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249&p_s ort=ASC&p_sort2=A&cmd=sort> Acesso em 26/01/2010.

⁹⁰ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 01/07/2010.

apenas a razoabilidade em posição muito similar ao que ocorreu com a inclusão do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 pela EC 45/2004.

Essa pretensão do legislador de positivizar apenas a razoabilidade como um princípio no processo civil brasileiro poderá ter duas funções nesse ramo de nosso direito: (i) vedar a adoção de posturas judiciais evidentemente arbitrárias no âmbito de uma relação jurídica processual; (ii) estipular a razoabilidade da duração do processo como princípio que terá suas possibilidades fáticas e jurídicas aferidas pela regra procedimental da proporcionalidade durante a solução que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise conferir a uma real colisão entre este princípio e um outro princípio processual de natureza infraconstitucional.

A ausência de qualquer menção do legislador a respeito da positivação da proporcionalidade no projeto de novo CPC, eis que somente indica a razoabilidade como um princípio reitor do processo civil brasileiro, parece indicar, portanto, que o legislador distingue plenamente os institutos, reservando à proporcionalidade o seu campo de regra procedimental subsidiária que, necessária à solução de colisões entre princípios que devam ser considerados como mandamentos de otimização, dispensa uma pretensão legislativa de sua positivação por decorrer logicamente da estruturação normativa de direitos fundamentais como princípios.

7. A PRETENSÃO DE POSITIVAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO ANTEPROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A par da necessidade de que o emprego da proporcionalidade limite-se ao seu papel de regra procedimental imprescindível à solução de colisões reais entre direitos fundamentais, existiu pretensão legislativa em curso no

Senado para conferir ao magistrado brasileiro uma utilização do instituto que nos parece vedada tanto normativa, quanto metodologicamente pela CF/88.

É o que se verifica pelo parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de novo CPC, recentemente apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado, no qual se pretendia assegurar ao juiz o poder de admitir no processo civil provas obtidas por meios ilícitos, através de uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos”⁹¹.

Ainda que a exposição de motivos do anteprojeto apresentado não fundamentasse a pretensão da Comissão de Juristas em epígrafe, havia inúmeros posicionamentos doutrinários^{92 93} e jurisprudenciais^{94 95 96} que sustentavam a

⁹¹ SENADO FEDERAL. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 01/07/2010.

⁹² “A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässikeitsmaxime*), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.”

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 260.

⁹³ Em sentido semelhante: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas (interceptações telefônicas e gravações clandestinas). 2.ed. São Paulo: RT, 1999. p. 161/162.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e direito à preservação da intimidade. Temas de direito processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 03/20.; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, s/d. v. IV. Tomo I. p. 78/83. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de processo penal. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 370/378.

⁹⁴ “ (...) o inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que são ‘inadmissíveis (...) as provas obtidas por meios ilícitos’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da ‘atualização constitucional’ (*Verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. *Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (exclusionary rule) também pede temperamentos.*” (grifei)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS nº 6.129/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel. 6ª Turma. J. 06/02/1996. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em

possibilidade de realização de juízos de proporcionalidade quanto à admissibilidade de provas ilícitas ao processo, sob o argumento de que a norma constitucional contida no art. 5º, LVI da CF/88, assim como todas as demais normas constitucionais, não pudesse ser tida como uma norma absoluta, devendo gozar de um mínimo de relatividade apta a flexibilizar a interpretação dos direitos fundamentais para permitir a concretização de outros direitos fundamentais também assegurados pela própria Constituição^{97 98}.

23/08/2010.

⁹⁵ “(...) a Constituição Federal de 1988 asseverou, através do art. 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. A regra é a da inadmissibilidade das provas ilícitas (infringência ao direito material) ou das ilegítimas (infringência ao direito processual). Entretanto havia polêmica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca da admissibilidade processual das provas ilícitas. -Inicialmente entendeu-se que, sendo relevante e pertinente a prova, havia apenas a punição do responsável pelo ato ilícito, sendo que, depois, chegou-se à conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deveria ser banida do processo, por mais relevante que fosse. *Através da teoria da proporcionalidade, aplicada na Alemanha, a inadmissibilidade das provas ilícitas seria atenuada quando se visasse corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade.*(...)”

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO. ACR nº 2216. Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves. 4ª Turma. J. 03/07/2002. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

⁹⁶ Em sentido muito semelhante, veja-se TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª REGIÃO. AMS nº 200371000609073. Rel. Des. Fed. Joel Ilan Paciornick. 1ª Turma. J. 26/06/2007. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

⁹⁷ “O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. *Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.* Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência da CF 5º, LVI, *que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse.* Outras situações análogas poderiam ser imaginadas.”

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 178.

Entretanto, parece-nos que, normativamente, a pretensão da Comissão de Juristas incorria em contradição à CF/88, a qual descarta a validade de provas obtidas por meio ilícitos, tal como determina o seu art. 5º, LVI, e veda ao magistrado a realização de juízos de proporcionalidade entre supostos princípios ou direitos fundamentais em contradição para admitir tais provas ilícitas.

É que se a própria Constituição já fez com caráter vinculante uma ponderação prévia a respeito da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos ao processo, não há que se atribuir a esta norma a natureza de princípio, pois já houve a fixação de uma regra constitucional que, aplicável mediante mera subsunção, não permite ao juiz admitir provas obtidas por meios ilícitos ao processo, vez que há “situações em que a própria Constituição garante uma faculdade, uma garantia, uma pretensão ou faceta particular do direito, *mas já a título definitivo, absoluto, ou seja, o legislador constitucional fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia de fazer*”⁹⁹ (grifei).

Dáí se verifica que a norma constitucional em comento não possui natureza de princípio, mas sim de regra definitiva que impede a consideração de provas ilícitas no processo, mesmo que essa ilicitude seja meramente derivada, conforme

⁹⁸ Em alusão à doutrina de processo penal antes referenciada, parece-nos que não há obstáculos à utilização de posicionamentos da doutrina processual penal a respeito da admissibilidade da prova ilícita ao processo civil, à medida que o anteprojeto de lei de Código de Processo Civil aqui examinado deixa expressa a sua pretensão de adotar, no processo civil, o regime inquisitorial de produção de provas típico do processo penal brasileiro.

Nesse sentido, de ver-se a pretensão legislativa de conferir ao juiz poderes para a produção de ofício de prova necessária à solução da lide, conforme se verifica nos artigos 258, caput e 261, caput do referido anteprojeto, onde respectivamente se lê “Caberá ao juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.” e “O ônus da prova, *ressalvados os poderes do juiz*, incumbe: (...)”.

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 51.

sustenta a “teoria dos frutos da árvore envenenada” acatada pela jurisprudência do STF¹⁰⁰.

Parece-nos, portanto, que se tratando de uma regra constitucional aplicada mediante subsunção, não poderá o magistrado realizar um sopesamento em oposição à referida norma constitucional, porque verdadeira e efetivamente não haverá efetivamente uma contradição entre direitos fundamentais na hipótese, não sendo correto falar-se em

¹⁰⁰ “(...) A *QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA* (“*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*”): A *QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO*. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.(...)” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 93.050/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 10/06/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 26/01/2011.

admissibilidade de provas ilícitas ao processo sob o fundamento da incidência da proporcionalidade nas condições do caso concreto, vez que esta somente se apresenta como necessária quando há, efetivamente, a necessidade de solucionar uma real colisão entre direitos fundamentais inscritos na Constituição como normas abertas e principiológicas.

Metodologicamente, o obstáculo à pretensão da Comissão de Juristas de autorizar o magistrado a adotar postura contrária à regra constitucional insculpida no art. 5º, LVI da CF/88, decorre do simples fato de que não é preciso recorrer-se ao complexo processo decisório decorrente da proporcionalidade para permitir a admissibilidade de prova em benefício da defesa ou *pro reo*, vez que o sistema jurídico já dispõe de instrumentos aptos a solucionar este conflito meramente potencial de direitos fundamentais. Vejamos.

No atual estágio do direito constitucional brasileiro, não há maiores dúvidas, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, de que seria vedada a admissão ao processo de uma gravação clandestina produzida de forma sub-reptícia, com violação à intimidade e à privacidade dos interlocutores que não autorizaram a gravação; disto decorreria, conseqüentemente, a exclusão da referida prova dos autos judiciais, sob pena de nulidade da decisão judicial que a mantém nos autos e a considera para firmar um juízo de valor quanto à procedência do pedido autoral.

A se considerar a regra proposta pela Comissão de Juristas no parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de novo CPC por ela apresentado, seria possível argumentar-se genericamente que a admissão das gravações produzidas sem autorização dos interlocutores em benefício do réu (*pro reo*) poderia decorrer de juízos de proporcionalidade feitos com base na “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos” em contradição à incidência excepcional da

proporcionalidade para a preservação do equilíbrio entre valores fundamentais antagônicos^{101 102 103}.

Sob tal argumentação de aplicação da proporcionalidade para admitir esse tipo de prova ilícita no processo, como

¹⁰¹ AIETA, Vânia Siciliano. A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 191.

¹⁰² Em contraponto a esta fragilização da regra constitucional que inadmite provas ilícitas no processo, boa parte da doutrina brasileira sustenta o enorme perigo deste posicionamento de admitir-se a “relativização” da norma constitucional inscrita no art. 5º, LVI da CF/88, pois a flexibilização da referida norma constitucional não só contraria a sua natureza de regra constitucional, como é inconveniente se considerarmos o nosso ainda recente histórico de violação estatal de direitos fundamentais, pois:

“Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de *lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas.”

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas. In BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2.ed. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰³ Em sentido semelhante:

“Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.

De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. *Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional.* Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.” (grifei)

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988, p. 249/266. In MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 10 Anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

pretendia a Comissão de Juristas no anteprojeto de CPC, caberia ao juiz realizar uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos” para dar primazia ao direito fundamental da parte de produzir a prova do seu direito, com base no art. 5º, LV da CF/88, em detrimento dos direitos fundamentais de privacidade da pessoa humana e da inadmissibilidade de provas ilícitas, respectivamente inscritos nos incisos X e LVI no mesmo art. 5º.

Argumenta-se que diante desse suposto conflito normativo entre o inciso LV, de um lado, e dos incisos X e LVI, todos do art. 5º da CF/88, deveria o juiz realizar uma “ponderação” destes “princípios e direitos fundamentais envolvidos” e, aplicando a proporcionalidade, dar primazia à admissão da prova em benefício do réu ainda que a mesma tenha sido produzida por meios ilícitos¹⁰⁴.

Em contradição a essa pretensão de generalizar-se – e até mesmo banalizar-se – a aplicação de juízos de proporcionalidade como pretendia a orientação contida no parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de CPC, é preciso

¹⁰⁴ Inúmeros podem ser os casos que, supostamente, comportariam uma colisão entre os direitos fundamentais de ampla defesa, privacidade da pessoa humana e inadmissibilidade de prova produzida por meios ilícitos no processo civil.

Nessa linha, imagine-se, por exemplo, os casos em que se pretendesse (i) a utilização pelo réu de uma gravação clandestina, produzida sem o conhecimento dos interlocutores, na qual o mesmo prova ter sido vítima de uma extorsão pelos autores da ação e, conseqüentemente, se pretendesse afastar a sua responsabilização cível por danos morais decorrentes da violação à privacidade dos referidos autores da ação; (ii) em uma ação de destituição de poder familiar ajuizada pela mãe, a admissão de uma gravação clandestina de vídeo que, produzida pela autora, demonstrasse que ela e a criança foram submetidas a maus-tratos pelo pai, réu da ação; (iii) a admissão da gravação clandestina de ligação telefônica em que os sequestradores exigissem dinheiro em troca da vida e da integridade física do sequestrado para fundamentar a responsabilização cível dos criminosos.

Em todos esses exemplos, poderia haver uma alegação de inadmissibilidade da prova pretendida pela vítima, sob o argumento de que a mesma teria sido produzida por meio ilícito, devendo-se perquirir, se para refutar tal alegação, tornar-se-ia necessário recorrer aos juízos de proporcionalidade, tal como pretendia a orientação contida no anteprojeto de CPC.

ressaltar que a hipótese não se trata de uma efetiva colisão entre direitos fundamentais, mas sim de um caso meramente potencial de conflitos entre direitos fundamentais que pode ser resolvido pelo próprio sistema jurídico positivado vigente, sem o recurso a um complexo processo decisório baseado em juízos de proporcionalidade.

É que o sistema jurídico infraconstitucional já solucionou previamente esse “caso potencial” de direitos fundamentais quando o art. 23 do Código Penal fixou excludente de antijuridicidade que afasta a ilicitude de gravação clandestina realizada sob o ânimo de legítima defesa, de exercício regular de direito, de estado de necessidade ou de estrito cumprimento do dever legal.

Se a parte beneficiária da gravação clandestina a produziu por ser vítima da conduta ilícita perpetrada pelo agente da conduta criminosa ali documentada, aqui incidiriam as excludentes de antijuridicidade da legítima defesa e do exercício regular de direito, tal como inscritas no art. 23 do Código Penal, pois a ninguém é vedado - pelo contrário, assegura-se - o direito de repelir a agressão atual a direito próprio ou de outrem, mediante reação imediata e equivalente à conduta agressiva a quaisquer bens ou interesses juridicamente protegidos, tais como vida, saúde, honra, pudor, liberdade pessoal, patrimônio, tranquilidade de domicílio, poder familiar, segredo epistolar, dentre outros ¹⁰⁵.

¹⁰⁵ “RHC –PENAL – PROCESSUAL PENAL – JÚRI – LEGÍTIMA DEFESA DO PATRIMÔNIO – QUESTIONÁRIO.

A legítima defesa real, excludente de ilicitude, deve ser indagada ao conselho de Sentença, isto é, se houve atual (ou iminente) agressão a direito do réu, ou de terceiro, com resposta moderada, através dos meios necessários. Dispensável, porém, consignar a espécie de direito defendido. Este pormenor é elemento circunstancial, não se coloca entre os essentialia. Fundamental é o direito, pouco importando ser pessoa, honra, patrimônio. Desnecessário, pois, quesito explícito, interrogando se patrimonial o direito defendido.” (grifei)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC nº 2367/DF. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª Turma. J. 04/05/1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2010.

Portanto, se considerada a exclusão de antijuridicidade existente no ordenamento positivado para permitir a adoção da conduta de repelir uma agressão ao seu direito próprio ou de outrem, não haveria ilicitude nos meios sob os quais fosse realizada uma gravação clandestina da conduta de agressão ao direito da vítima, não reconhecendo o sistema jurídico vigente como antijurídica tal conduta de documentar-se o referido fato típico.

Se não há ilicitude em tal conduta da vítima, parte da relação processual, quando o juiz admite a gravação clandestina como prova do direito material por ela suscitado, não há qualquer violação à regra da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos prevista no art. 5º, LVI da CF/88, não havendo, portanto, necessidade de que a análise da referida admissão da prova produzida nessas circunstâncias deva dar-se com base em uma “ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos”, porque como dito anteriormente deve-se respeitar o caráter subsidiário da proporcionalidade, sob a qual o instituto só deve ser utilizado para a solução de casos efetivamente reais de colisões entre direitos fundamentais, já que, como qualquer outra teoria jurídica, não se pode abrir mão das demais teorias já assentadas pela doutrina e pela jurisprudência de nossa tradição jurídica.

Assim tem se posicionado a jurisprudência do STF a respeito do tema, vez que a Corte não tem aplicado a proporcionalidade para solucionar casos em que os meios para a produção da prova, apesar de penalmente típicos, encontram-se sob a incidência de excludentes de antijuridicidade determinadas pela legislação infraconstitucional^{106 107}.

¹⁰⁶ “HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR.

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatário ou qualquer

Reconhece, portanto, o STF que, diante da ausência de ilicitude daquelas provas em decorrência de excludente de antijuridicidade prevista no ordenamento jurídico positivado, não há efetivamente qualquer colisão entre os direitos fundamentais - privacidade da pessoa humana e inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos ao processo - que justifique a utilização do complexo processo decisório baseado na proporcionalidade.

Por todos esses motivos, pareceu-nos equivocada a orientação de permitir-se por norma infraconstitucional que o magistrado, no âmbito de relações processuais cíveis, pudesse relativizar a regra constitucional fixada no art. 5º, LVI da CF/88.

Até porque, além de todos os motivos mencionados para a recusa dessa pretensão legislativa, há que se considerar a absoluta desnecessidade de positivação de autorização para a realização de juízos de proporcionalidade à medida que esta decorre logicamente da constitucionalização de direitos fundamentais por normas estruturalmente abertas e principiológicas em nossa Constituição vigente.

Em boa hora tem-se a notícia de que a orientação da Comissão de Juristas inscrita no parágrafo único do anteprojeto de CPC apresentado ao Senado foi suprimida durante o processo legislativo naquela Casa, através do acolhimento de emenda supressiva apresentada pela Senadora Níura Demarchi

tipo de chantagista. Ordem indeferida.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 75.883/RJ. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. J. 11/03/1998. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

¹⁰⁷ No mesmo sentido: “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. *Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu.* Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15/08/97 e HC 75.261, sessão de 24/06/1997, ambos da Primeira Turma.” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 212.081/RO. Rel. Min. Octávio Gallotti. 1ª Turma. J. 05/12/1997. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

ao PLS 166/2010, sob o argumento de que a orientação então contida no parágrafo único do art. 257 do anteprojeto de CPC era inconstitucional por admitir provas ilícitas no processo civil.

Felizmente, a referida pretensão legislativa não mais consta do projeto de lei substitutivo de CPC (Emenda nº 221-CTRCPC)¹⁰⁸ de autoria do Relator-Geral da matéria, Senador Valter Pereira, tal como recentemente aprovado pelo Senado em 15/12/2010¹⁰⁹.

8. CONCLUSÃO.

Restou demonstrado no presente trabalho que a proporcionalidade e, obviamente a sua sub-regra denominada ponderação de princípios (proporcionalidade em sentido estrito), deve ser considerada sob suas perspectivas normativa e procedimental, em que obrigatoriamente o intérprete deve utilizar-se do instituto para solucionar colisões entre direitos fundamentais ou princípios sob um procedimento racionalmente justificado para permitir que os demais intérpretes interessados na solução do caso concreto possam controlar a aplicabilidade do instituto pelo juiz.

Disso decorre que não se pode confundir a pretensão do art. 6º do projeto de novo CPC em positivar a razoabilidade como princípio do processo civil brasileiro com a positivação da proporcionalidade, já que existem critérios normativos e metodológicos aptos a diferenciar os referidos institutos, devendo cada deles manter-se adstrito ao seu específico campo de aplicação normativa.

¹⁰⁸

Disponível

em

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em 26/01/2011.

¹⁰⁹Disponível

em

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249&p_sort=ASC&p_sort2=A&cmd=sort> Acesso em 26/01/2010.

Assim, a pretensão do legislador de positivizar a razoabilidade – e apenas a razoabilidade - como um princípio no processo civil brasileiro poderá ter duas funções nesse ramo de nosso direito: (i) vedar a adoção de posturas judiciais evidentemente arbitrárias no âmbito de uma relação jurídica processual; (ii) estipular a razoabilidade processual como princípio que terá suas possibilidades fáticas e jurídicas aferidas pela regra procedimental da proporcionalidade durante a solução que o magistrado, no curso da presidência da relação processual, precise conferir a uma real colisão entre este princípio e um outro princípio processual de natureza infraconstitucional.

No que tange à ponderação de princípios, considerando-se a sua natureza de sub-regra da proporcionalidade, de ver-se que a mesma - como decorrência lógica da natureza de mandamento de otimização dos princípios a serem por ela ponderados - prescinde de sua expressa positivação no novo CPC, não havendo qualquer afetação à empregabilidade do instituto em vista da supressão do art. 257, parágrafo único do anteprojeto de novo CPC. Pelo contrário, a CF/88 agradece esta postura do Senado, à medida em que a mesma preserva a regra disposta no seu art. 5º, LVI.



9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ALEXY, Robert. *Abwägung, verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation*. p. 250. In *Politik und Recht: PVS – Politische Vierteljahresschrift. Sonderheft 36. Michael*

Becker, Ruth Zimmerling (Hrsg). *August*, 2006. P. 250/258. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?id=Dzn5bwyhKW8C&printsec=frontcover#v=snippet&q=Verh%C3%A4ltnism%C3%A4%C3%9Figkeit&f=false>> Acesso em 18/11/2010.

_____. *Balancing, constitutional review, and representantion*. p. 572/573. In *I-CON*. v.3. Number 4. Oxford University Press and New York University Scholl of Law, 2005.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo (RDA) n° 217*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

_____. *On the Structure of Legal Principles*. Trad.. p. 294 e 297. In *Ratio Juris*. V. 13. No. 3. Setembro, 2000.

_____. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. Doxa n° 05. 1998 p. 139/151. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 21/06/2009.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *The especial case thesis. Ratio juris n° 04*. v. 12. Dez/1999.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais n° 798*. Abril/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2002.

- _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais nº 01*. Jan/Jun, 2003. Belo Horizonte, Del Rey.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. *Revista Centro de Estudos Judiciários - CEJ. nº 25*. abr/jun. 2004 Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas (interceptações telefônicas e gravações clandestinas)*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*. Temas de direito processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas*. In BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. 2.ed. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em <

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em 26/01/2011.

_____. Senado Federal. *Projeto de lei substitutivo (Emenda nº 221-CTRCPC). Novo Código de Processo Civil.* Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em 26/01/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS 13545-DF.* Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura 3ª. Seção. J. 29/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 29/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 2367/DF.* Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª Turma. J. 04/05/1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 6.129/RJ.* Rel. Min. Adhemar Maciel. 6ª Turma. J. 06/02/1996. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 75.883/RJ.* Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. J. 11/03/1998. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.050/RJ.* Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. J. 10/06/2008. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 26/01/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 212.081/RO.* Rel. Min. Octávio Gallotti. 1ª Turma. J. 05/12/1997. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 23/08/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *ACR nº 2216.* Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves. 4ª Turma. J. 03/07/2002. Disponível em <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *AMS nº 200371000609073.* Rel. Des. Fed. Joel Ilan Paciornick. 1ª Turma. J. 26/06/2007. Disponível em

- <www.jf.jus.br/juris/unificada> Acesso em 24/08/2010.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica*. In Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CARVALHO NETO, Menelick. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 1.ed. 3. tir. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Reflexos do tempo no direito processual civil*. Revista de Processo nº 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988*. p. 249/266. In MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 10 Anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo"*. In *Revista de processo nº 151*. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. *Jus Navegandi*. Teresina, ano 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28/12/2008.
- HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional Europeo. Cuestiones Constitucionales*. México, enero, junio, n. 2, 2000.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- LARRAÑAGA, Pablo. *Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho nº 1*. 1994. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm>>. Acesso em: 21/06/2009.
- LIMA, George Marmelstein. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em 16/02/2010.
- LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970.
- MARINONI, Luís Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do*

- direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, s/d. v. IV. Tomo I.
- MORAIS, Dalton Santos. *A proporcionalidade no processo civil brasileiro à luz da teoria do direito de Robert Alexy e o dever de fundamentação das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado em Direito Processual. Maio, 2011. Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *In Revista de processo nº 146*. São Paulo: RT, 2007.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 46. 2007. p. 106. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32382/31600>> Acesso em 05/11/2010
- TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesual*. Valladolid: 1999, n. 22. p. 312. Disponível em <<www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 02/12/2008.

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