

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/11/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30460-o-princ-pio-da-proporcionalidade-no-pensamento-de-willis-santiago-de-guerra-filho>

Autori: Claudemir Lopes Bozzi, Roberto de Paula

O princípio da proporcionalidade no pensamento de Willis Santiago de Guerra Filho

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PENSAMENTO DE WILLIS SANTIAGO DE GUERRA FILHO

¹ *Claudemir Lopes Bozzi*
Roberto de Paula

RESUMO

Enuncia como problema a ser enfrentado a configuração do princípio da proporcionalidade como “princípio dos princípios” com função integradora e auxílio ao intérprete e operador jurídico diante dos “casos difíceis”. Analisa o sistema jusnaturalista e juspositivo, acentuando a necessidade de superação da dicotomia estabelecida entre ambos. Aprecia a emergência da perspectiva Pós-Positivista e da conseqüente força normativa dos princípios. Tece considerações conclusivas fundamentadas no pensamento de Willis Santiago Guerra Filho acerca do princípio da proporcionalidade em sua íntima relação com a Constituição e com o processo. Conclui que o princípio da proporcionalidade se substancia nos subprincípios da adequação, necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Palavras-chave: Jusnaturalismo, Juspositivismo, Pós-Positivismo, princípio da proporcionalidade, ponderação.

SINTESI

Delinea il problema da affrontare la configurazione del principio di proporzionalità, in quanto "principio dei principi", con integrazione di funzioni e gli aiuti alle interprete legale e gestore iuridico davante ai "casi difficili". Analizza il sistema juspositivo ed iusnaturalista, sottolineando la necessità di superare la dicotomia stabilito tra di loro. Apprezza l'emergere di prospettiva Post-positivismo e la conseguente forza normativi dei principi. spiega le considerazioni conclusive basate sul pensiero di Willis Santiago Guerra Filho sul principio di proporzionalità nella sua stretta relazione con la Costituzione e con il processo. Conclude che il principio di proporzionalità è suffragata da subprinciples idoneità, necessità e ancor di più conclude che il principio di proporzionalità è anche suffragato da subprincipi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (ponderazione).

Parole chiave: La Legge Naturale, Juspositivismo, Post-Positivismo, Principio di Proporzionalità, Ponderazione.

¹ *Claudemir Lopes Bozzi* – Bacharel em Filosofia e Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. (claudemirbozzi@yahoo.com.br)

Roberto de Paula – Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça. Especialista em Criminologia pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Aplicado pela Escola Superior da Magistratura do Paraná – EMAP. (robertus1@gmail.com)

1. INTRODUÇÃO

A Pós-Modernidade, com o advento da subjetividade, colocou em xeque os postulados das ciências humanas e positivas e, de roldão, o Positivismo Jurídico idealizado por Kelsen. Na seara jurídica, a complexidade das relações sociais apresentam situações concretas que exigem uma resposta do Direito baseado em fundamentos de validades que sejam incidentes, relevantes e que abarque a problemática envolvida. A idéia de subsunção já não basta, pois calcada na perspectiva lógico-formal, mostrou-se insuficiente e inadequada. A emergência dos casos difíceis (*hard cases*) coloca a prova o Direito em sua especificidade mais relevante, qual seja o Direito Constitucional.

Diante dessa constatação se situa a problemática ora estudada. Se no plano fático da vida se verifica a incidência de problemas desafiadores do Direito e, se o Direito se propõe a estabelecer um padrão relacional aceitável na vida concreta dos cidadãos, então deve não só refletir, mas também propor respostas que sejam plausíveis e aplicáveis na solução dos casos que chegam aos átrios dos tribunais.

Objetivamente, as respostas dadas pelo Direito se concentram axiológica e historicamente nos sistemas normativos já conhecidos e debatidos exhaustivamente, quais sejam: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Entretanto, estes afiguram-se insuficientes de tal modo a se falar na superação e emergência de outro modelo. Este tema será apreciado como base para a discussão subsequente.

Didaticamente, estrutura-se o presente artigo nas premissas do método dedutivo, afeto ao labor específico desta seara do conhecimento humano. Parte-se, então, dos postulados perenemente construídos acerca do Positivismo, revelando suas bases filosóficas. Após essa apreciação, deter-se-á sobre a questão da emergência dos princípios como substrato para superação da dicotomia entre o sistema positivista e jusnaturalista.

Finalmente, propõe-se o presente a sondar no pensamento de Willis Santiago Guerra Filho se é teórica e factualmente possível estabelecer um princípio e valor maior capaz de esclarecer, equacionar e harmonizar os

conflitos mais candentes que surgem na vida social pautada numa perspectiva de direitos democráticos (Estado Democrático de Direito).

Em síntese, o problema a ser enfrentado pode ser assim enunciado. Willis Santiago Guerra Filho elege a emergência de um princípio como integrador do sistema ou ordenamento jurídico, um princípio elevado à “idéia do Direito”, simbolizado na máxima da Justiça, equidade, equilíbrio, etc. A tarefa é não só a mera descrição desse princípio-integrador, mas lançar as bases para a compreensão da emergência deste e sua implicação, importância, relevância ou incidência teórica-prática para o Direito.

2. FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

É de domínio na reflexão elaborada no mundo do Direito o intento encampado por Hans Kelsen de forjar uma teoria pura do direito. Em poucas palavras, esse intento positivista cristaliza na pretensão de tirar do Direito todo conteúdo, influência, e toda relação com outras disciplinas humanas e epistemológicas, a saber: a sociologia, psicologia, filosofia, pedagogia, etc. Busca-se a aplicação pura e simples do Direito por meio dos conteúdos que os legisladores condensaram positivando-os. Em última instância: aplica-se restritivamente a normatização elaborada pela lei.

Cabe assegurar que Kelsen não formula sua teoria a partir de uma afirmação a-histórica e a-epistemológica. Dentre os pensadores que, histórica e epistemologicamente, precedera o citado jusfilósofo, enunciamos: Immanuel Kant (1724-1804) e Augusto Comte (1798-1857). Impõe-se aqui o dever de tecer as considerações acerca da influência basilar kantiana e comtiana, ainda que breves.

Kant influenciou a Modernidade sobremaneira. Seu pensamento apresenta dificuldades intelectuais homéricas e inacessíveis para a contemporaneidade. Uma aproximação à filosofia kantiana revela que seus postulados foram substancialmente absorvidos pelo positivismo jurídico. A formulação ética acerca do “dever” foi absorvida ao extremo por Kelsen e aplicada à práxis da atividade jurídica. A máxima do imperativo categórico tem alcance *erga omnes*: “*age sempre e de tal modo, tomando a humanidade em si mesmo, como fim e não como meio, que sua ação tenha validade e princípio*

*universal de conduta*². Pois bem, o imperativo exalta não só a autonomia do sujeito enquanto *voluntas agendi* (vontade de agir), mas impõe um *modus agendi* (modo de agir) com validade universal obedecendo servilmente ao dever de agir conforme os ditames deliberados. A conseqüência para o direito é evidente: agir conforme o que foi categórica e imperativamente deliberado pela autoridade competente.

O Direito em Kant adquire uma dimensão histórica e social extrema na afirmação do imperativo categórico conforme o dever. A justificativa sociológica para tal afirmação é evidente: Kant é um entusiasta da “Revolução Francesa” e vê no Direito a possibilidade de manutenção de um ambiente favorável ao desenvolvimento do “espírito humano” e da Razão Iluminista (*Aufklärung*) idealizados socialmente na classe em ascensão: a burguesia! Outrossim, promovendo o julgamento e a condenação da razão metafísica, Kant abre espaço para o Império da Razão Iluminista e anuncia o grande projeto da Modernidade: libertar o homem (entenda-se, a humanidade).

Augusto Comte é considerado o pai do Positivismo Científico. O Positivismo tem como base o empirismo baconiano e, na esteira kantiana da crítica da razão metafísica, leva às últimas conseqüências a tarefa de descobrir e forjar relações constantes e necessárias entre os fenômenos, ou seja, as leis invariáveis que os regem. O campo por excelência de observação desses fenômenos é a experiência. Assim, o Positivismo exalta a cientificidade, segundo a qual a ciência é considerada o único conhecimento possível e a experiência (empíria) o único caminho metodológico válido.

Na elevação dos postulados da ciência, Comte vislumbra o progresso e a ordem social, pilares de sua filosofia e religião positivista. Segundo ele, a humanidade passa por três estados ou estágios epistemológicos, sendo que o cume se dá com o positivismo científico. Kelsen, na propositura da teoria pura bebe abundantemente da fonte comtiana, enunciando a pretensão de validade científica do Direito, visto que, de acordo com seu intento, possui objeto próprio, método e aplicação diferenciados das demais ciências.

² KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 7ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. (B 472-479) p. 406-411

Pois bem, a partir do exposto, o Positivismo Jurídico kelseniano baseia-se única e exclusivamente no direito posto. Entretanto, o Positivismo Jurídico incorre num sério e perigoso reducionismo: o fenômeno jurídico transformado em mera aplicação da lei que vige.

Historicamente, a pretensão de Kelsen, isto é, uma teoria pura do Direito, cai por terra. O Direito só o é plenamente numa atitude interdisciplinar de abertura, diálogo. O Direito é um fenômeno político-social. Em última análise, é a normatização do poder. A propalada neutralidade e o apolitismo do operador jurídico não resistem às investidas de uma postura doutrinária baseada nos princípios com força normativa.

Quanto às influências basilares do Positivismo Jurídico kelseniano (Kant e Comte), há que se destacar que o Projeto da Razão Iluminista, calcado na pretensa validade de cientificidade, desembocou no que os frankfurtianos (Adorno e Horkheimer) denominaram e denunciaram de Razão Instrumental, que, em última instância, imantada pela garantia de legitimidade jurídica do Nazismo, promoveu a trágica experiência dos campos de concentração e toda forma de experimento implementado sobre o corpo (Foucault) e a consciência humana (Erich Fromm).

Uma vez apreciada as implicações do Positivismo jurídico e sua insuficiência para abarcar a complexidade da vida e da realidade, abordar-se-á a superação deste enquanto relação dicotômica com a perspectiva jusnaturalista.

3. JUSNATURALISMO X JUSPOSITIVISMO: SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Necessário se faz assinalar, de forma sintética e objetiva os limites acerca do sistema jusnaturalista e juspositivista, a fundamentar a idéia de superação dos mesmos.

Em sua formulação básica o direito natural estrutura-se como universal e imutável cujas ações teriam valor geral independente do sujeito, e as ações determinadas seriam boas em si mesmas. O Direito, nesta perspectiva, é um conjunto de idéias ou princípios superiores, eternos,

uniformes, permanentes, imutáveis, que seriam outorgados ao homem pela divindade.

A grande dificuldade está na concretização dos postulados ou da principiologia jusnaturalista ante o seu caráter extremamente abstrato e a subjetividade em definir ou conceituar tal princípio.

O Positivismo, conforme já exposto, sofreu profundas críticas ante seu caráter legalista e formalista, que, em última análise, desemboca na justificação ou legitimação para emergência de sistemas totalitários extremados.

Com a crise da modernidade jurídica, o reexame do modelo positivista passou a ocupar cada vez mais espaço nas formulações das ciências do direito. Abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores da realidade cambiante. Deste modo, foi se consolidando um novo paradigma de reflexão jurídica – o pós-positivismo.

Assim, justifica-se a necessidade de superação dos sistemas referidos. Tal tema é tratado no âmbito da teoria dos princípios.

A construção doutrinária da normatividade dos princípios se desenvolve a partir da reflexão realizada no contexto da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem uma resposta alternativa, potencializadora de se superar a antinomia do Direito Natural e Direito Positivo. Não se pode olvidar do papel da doutrina e da jurisprudência consoante a natureza prática dos casos enfrentados pelos tribunais como reveladores da resposta insuficiente exaradas por um única perspectiva do direito.

Enuncia-se, aqui, três fases distintas na cristalização da idéia da normatividade dos princípios, cujo ápice se verifica na fase pós-positivista, como superação dos postulados das anteriores.

Na primeira fase, isto é, na jusnaturalista, os princípios eram concebidos como mero reconhecimento de uma dimensão valorativa correspondente ao conceito de justiça e calcados em uma dimensão ou esfera abstrata e ideal. Sua normatividade, neste contexto, é praticamente nula, pois concebidos como axiomas jurídicos, normas estabelecidas pela razão (*ratio cognoscendi*), correspondentes aos princípios de justiça, constitutivos de um

direito ideal. Assim, sua configuração dá-se um plano ideal ou metafísico, não adentra ao mundo do Ser. O entendimento adotado nessa fase triunfou, até o advento da Escola Histórica³.

A segunda fase de teorização dos princípios é positivista. A característica principal desta fase é que os princípios deixam de ser entendidos como idéias e ideais e passam a figurar nos Códigos, como fontes normativas subsidiárias. O surgimento dos Códigos e a proliferação do pensamento da Escola Histórica do Direito fazem a concepção jusnaturalista sucumbir ante o projeto do positivismo.

Assim, os princípios passaram a ser entendidos não mais como proposições ditadas pela razão ou oriundas do direito natural, mas como postulados derivados das próprias leis. Não obstante a previsão, sua normatividade era negada, como bem assinala Bonavides: “(...) o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”⁴.

A visão formalista do direito positivo foi alvo de ataques contundentes das correntes críticas do direito, visto que a pretensão de limitar o conhecimento e o trabalho do jurista à perspectiva lógica, ao trabalho puramente analítico-descritivo, privando-o da indispensável valoração da ordem jurídica e, por conseguinte, de seu conteúdo e arcabouço ético. A acidez da crítica, portanto, deu-se à concepção positivista centrada na norma, cuja consequência considera a ordem jurídica como realidade estática.

Assinale-se que a partir dos trabalhos de Friedrich Müller, Robert Alexy e, especialmente, de Ronald Dworkin tanto a doutrina do Direito Natural como a doutrina ortodoxa do Direito Positivo vêm abaixo, ante os golpes

³ A importância desta Escola é que se coloca contra a existência de um Direito Natural permanente e imutável. Assim, ao invés de se indagar, o que deveria ser o Direito, dever-se-ia pesquisar como o Direito se formava nas sociedades. O Direito, então, é concebido como um produto histórico decorrente, não da divindade ou da razão, mas sim da consciência coletiva dos povos (*volksgeist*), gradativa e paulatinamente pelas tradições e costumes. Um dos destaques desta Escola é Friedrich Karl Von Savigny, que considera que ao invés de um Direito geral e universal, cada povo, em cada época teria o seu próprio Direito, expressão natural de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições de todas as épocas passadas.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 236.

profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, cujo objetivo centrou-se em conferir força e normatividade aos princípios.

A novidade que a teoria contemporânea dos princípios traz em seu bojo é a afirmação da sua normatividade plena. Aqui se inaugura a fase do pós-positivismo jurídico.

A concepção é que os princípios, entendidos em sua dimensão normativa, portanto, como normas, são dotados de eficácia formal e material. O critério de validade das normas jurídicas (diferentemente do projeto positivista) deixa de ser meramente formal: a estrutura rígida estabelecida pelas regras em posição hierárquica superior, que fixam limites estanques a serem preenchidos pelas normas inferiores passa a conviver com a exigência de adequação material aos valores representados pelos princípios jurídicos. Neste sentido, a dogmática jurídica não deve significar hermetismo e clausura a um método estritamente técnico, mecanicista e lógico, como entende Eros Roberto Grau⁵.

Na perspectiva pós-positivista, a aplicação do direito ao caso concreto deixa de ser estática, meramente formal pela estreita moldura da subsunção, pois os valores inseridos nos textos legais passam a ser dotados de plena normatividade, do modo que a solução do caso concreto deve estar, sobretudo, em consonância com os princípios inseridos, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. A determinação da conduta a ser seguida e a solução do caso concreto passam a levar em conta valores, consubstanciados em princípios.

Nesse ambiente teórico, o qual reconhece a normatividade dos princípios é que surgem as modernas constituições, as quais trazem em seu texto não mais meros ideais a serem almejados, não mais rele fontes supletivas de integração e interpretação, mas normas jurídicas principiais. E essa migração dos princípios jurídicos constituem o coração das constituições modernas.

Walter Claudius Rothemburg assevera, com indelével clareza, a natureza e o uso a ser feitos dos princípios: "impõe-se fazer dos princípios constitucionais, deliberadamente, ferramentas das tensões e intenções da

⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 108.

população a que o ordenamento jurídico se reporta. A carga político-ideológica, com suas fantasias, seus medos, seus anseios, seus preconceitos e seus desejos, deve refletir a realidade vivida, sentida e sonhada pelos participantes da aventura social. Em suma: os princípios têm mesmo de recheiar-se com determinado conteúdo ideológico, e prestam-se magnificamente para tanto"⁶

Insta assinalar que a superação da dicotomia entre o Positivismo e o Jusnaturalismo se fundamenta na incidência da normatividade dos princípios, donde se denomina adentrar na fase Pós-Positivista. Não obstante a imprecisão da terminologia (pós-positivista) impende destacar a novel compreensão da força normativa dos princípios, cujo ambiente de aplicação por excelência se verifica no mundo da Constituição, próximo tema a ser enfrentado.

4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE⁷ – UMA QUESTÃO DE PROCESSO E DE DIREITO FUNDAMENTAL

Para Willis Santiago Guerra Filho a solução democrática para um caso difícil (hard case) e até mesmo para o conflito ou colisão entre princípios se dá pela racionalização acerca da idéia de proporcionalidade. Eis sua inconfundível ponderação: "(...) o princípio máximo procurado, que, por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na já mencionada *máxima de proporcionalidade*. O princípio construtivo e fundamental que procuramos encontra-se, portanto, implícito e pressuposto na

⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 78.

⁷ Para o alcance do objetivo da pacificação social advinda por meio do respeito à dignidade humana, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos ou subprincípios, elaborados desde a aplicação extraída da jurisprudência constitucional do Tribunal Federal Constitucional Alemão: subprincípio da adequação, subprincípio da exigibilidade ou necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação significa que qualquer medida restritiva de direito deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada. Implica dizer que o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. O pressuposto da exigibilidade ou necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a manutenção do próprio ou outro direito e ainda que não possa ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Como terceiro subprincípio, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito somente é exercido depois de verificada a adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Cumpre examinar se há equilíbrio entre meio-fim, por meio da ponderação. Para a leitura e pesquisa acerca dos subprincípios do princípio da proporcionalidade à didática obra de George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 371-385.

reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas”⁸.

Em excelente artigo de Guerra Filho que consta da obra de Virgílio Afonso da Silva, depreende-se que “a transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional, de onde pode vir a ser identificado nos mais diversos setores do direito, se deve em grande parte ao posicionamento assumido em relação a isso pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental do segundo pós-guerra, daí irradiando-se para diversos outros países, de grande tradição jurídica”⁹.

Embora a função hermenêutica ínsita em no bojo do princípio da proporcionalidade, destaca-se, aqui, a consideração acerca de um direito fundamental em sua realidade mais ampla, isto é, de um direito fundamental processual, que, adentra no ordenamento jurídico pela “porta da frente” da Constituição Federal de 1988, por meio do art. 5º, ainda que não tenha o legislador constitucional feito menção explícita ao princípio da proporcionalidade. Entretanto, do espírito da constituição, se infere que, como princípio ordenador do direito, a idéia de proporção tem em sua essência o papel de preservar direitos fundamentais consoante o que prevê o § 2º, art. 5º: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”.

O jurista alemão Jürgen Schwab expõe o entendimento da própria corte tedesca acerca da dimensão de direito fundamental do princípio da proporcionalidade: “Esse princípio [da proporcionalidade] que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral da liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para a proteção de interesses públicos”¹⁰.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 134.

⁹ Guerra Filho, Willis Santiago. *Apud* Virgílio Afonso da Silva. **Interpretação constitucional**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 260.

¹⁰ SCWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 239.

É forçoso admitir que o princípio da proporcionalidade se consubstancia em uma garantia fundamental, convertendo-se em verdadeiro direito fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito, até porque inútil se pensar na idéia de equilíbrio e proporção no seio de um estado autoritário e totalitário, visto que, essencialmente a característica sectária das decisões neste último se dá em virtude da ausência de ponderação, sopesamento e adequação das medidas expostas ou impostas.

Concretamente a tese de Guerra Filho localiza na Constituição o espaço paradigmático para o exercício do princípio da proporcionalidade: “A realização ou concretização dos mandamentos constitucionais decorrerá de sua aplicação, resultante de um processo que tende a ter a natureza de um processo constitucional”¹¹. Conclui Guerra Filho que: “O processo constitucional, portanto, será aquela forma processual própria para a tutela de direitos fundamentais, sendo este o seu objeto, seja imediato, quando for a ordem jurídica subjetiva aquela ameaçada ou violada, seja mediato, quando a necessidade de proteção seja a ordem jurídica constitucional objetiva, cuja violação ameaça igualmente o núcleo essencial desta mesma ordem, em sendo aquela de um Estado Democrático de Direito, por resultante dos direitos e garantias fundamentais por ela consagrados”¹².

Assim, o processo de tutela dos direitos fundamentais, como uma ordem jurídica subjetiva, deve começar a ser desenvolvido conscientemente como um processo de natureza constitucional. Objetivamente pode-se materializar o direito fundamental ao processo por meio das ações previstas em nível constitucional: ação popular, ação civil pública, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

Desta maneira, o processo constitucional será a forma processual própria para a tutela dos direitos fundamentais, sendo este o seu objeto, seja imediato, quando for a ordem jurídica subjetiva aquela ameaçada ou violada, seja mediato, quando a necessidade de proteção seja da ordem jurídica constitucional objetiva.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 30

¹² Guerra Filho, *Op. Cit.*, p. 12.

Das considerações envolvendo processo e Constituição considera-se, aqui, que o centro das decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático de Direito contemporâneo necessariamente sofre um deslocamento do legislativo e executivo em direção ao judiciário (com a propositura de determinadas ações). À Corte Constitucional reserva-se o papel central decisório, plenamente independente dos demais poderes estatais, integrado por membros com as melhores qualificações para exercer a atribuição jurídica e política de velar pela realização do texto constitucional, via processo constitucional adequado à relevância da matéria a que se destina.

O Judiciário, num confronto com outros poderes, possui não só a função de guardião da Constituição (STF), como também é a estrutura que se utiliza do processo como instrumento de sua atuação ao aplicar o conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico. Guerra Filho assevera que: “do Judiciário hoje não é de se esperar uma posição subalterna perante os outros poderes, a quem caberia a produção normativa [...]. A atividade judicial não se reduz à mera aplicação de Direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de Direito [...]”¹³.

No contexto do processo judicial a utilização do princípio da proporcionalidade ocorre em situações em que há necessidade de compatibilização das normas no plano abstrato e nas situações concretas existe real conflito de normas, cuja solução depende do juízo de proporcionalidade. A natureza aberta das normas, mormente daquelas consagradoras de direitos fundamentais, amplia-se o espaço de atuação e de valoração do intérprete. A interpretação a ser dada deve harmonizar-se com os valores e concepções da constituição.

No exercício juízo interpretativo destaca-se o princípio da proporcionalidade, que estabelece a coordenação e combinação dos interesses juridicamente protegidos e que estão em posição de conflito ou em concorrência, cabendo, assim, ao intérprete evitar o sacrifício total de um interesse em relação a outro, tentando a harmonização prática ou o menor sacrifício para o outro interesse.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162.

Suzana Toledo de Barros, em termos de síntese, conclui que “no contexto normativo, onde estão inseridos tanto os direitos fundamentais como os mecanismos das respectivas proteções destes, é que se assenta o princípio da proporcionalidade, vez que surge como uma garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes”¹⁴.

CONCLUSÃO

No início do presente artigo pautou-se como objetivo analisar a questão da superação dos paradigmas dicotômicos centrados na oposição entre o Jusnaturalismo e o Juspositivismo, abrindo o horizonte hermenêutico de sentido para a compreensão da emergência da força normativa dos princípios desde a perspectiva sistêmica do Pós-Positivismo.

Outrossim, enunciou-se, ainda a apreciação do pensamento de Willis Santiago Guerra Filho no tópico específico em que propõe a emergência de um “princípio dos princípios”, cuja função reside na tarefa de integração do ordenamento jurídico.

Neste sentido, ficou evidenciado que a superação da dicotomia dos Direito Natural e Direito Positivo deu-se com a intensa produção acadêmica centrada na Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e na Teoria da Constituição. Assim, cristalizou-se a emergência da força normativa dos princípios ao mesmo tempo em que as modernas constituições acolheram os princípios não só como letras a enfeitar o texto normativo, mas com uma abertura hermenêutica de compreensão teórica e aplicação prática nos conflitos deduzidos em juízo, especialmente nos denominados “casos difíceis” ou paradigmáticos.

¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ªed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 95.

Em apertada síntese, abriu-se margem para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios como espécies normativas, oferecendo parâmetros para uma interpretação/aplicação do direito que, ao superar o modelo subsuntivo, revela-se mais legítima e compatível com os fatos sociais.

Apreciada a emergencia da normatividade dos princípios, esteirou-se no pensamento de Willis Santiago Guerra Filho para afirmar o princípio da proporcionalidade como “princípio dos princípios”. Sua incidência adentra o sistema normativo pátrio pela própria Constituição Federal de 1988, ainda que não tenha sido expresso categoricamente em letras garrafais, no entanto, o “espírito da Constituição” atesta sua existência figurando nos julgados da mais alta Corte Constitucional do país, o Supremo Tribunal Federal.

Da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão infere-se que o princípio da proporcionalidade manifesta-se concretamente quando se atende a três aspectos ou subprincípios deste, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se, portanto, de um “filtro axiológico” em que se verifica a incidência ou não da dimensão da proporcionalidade, verificada, sobretudo, na resolução dos “casos difíceis” deduzidos nas cortes de julgamento.

Considera Guerra Filho que há íntima relação entre Constituição e Processo. Sustenta que há uma dimensão processual das constituições e dos direitos fundamentais, vislumbrando que esses últimos possuem uma finalidade de garantia e assim proclama que existem direitos de natureza processual, que são direitos fundamentais, seja sob o aspecto material, seja sob o enfoque formal.

As constituições contemporâneas, portanto, traduzem os antagonismos ideológicos, políticos e econômicos da sociedade, consagram normas abertas, vagas, muitas vezes veiculando valores conflitantes e até contraditórios. Neste sentido, a superação de tais antinomias impõe a atuação do intérprete no sentido de conciliar, na medida do possível, as tensões existentes. A solução desses conflitos freqüentemente não se faz pelos critérios comuns de hermenêutica (cronológico, da especialidade e

hierárquico), exigindo a resolução através do critério de ponderação de valores ante uma dimensão principiológica de proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 7ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SCWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.