

Hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade na *Common Law* e na *Civil Law*

A hermeneutical analysis of reasonableness and proportionality: Common Law and Civil Law

Laís Teixeira Barbosa¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
laistbarbosa@gmail.com

José Francisco Siqueira Neto²

Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
jfsn@siqueiraneto.com.br

Resumo

O presente artigo analisa a Razoabilidade e a Proporcionalidade nas esferas da *Common Law* e da *Civil Law*, considerando, para o cotejo, averiguações jurisprudenciais pontuais da Inglaterra, dos Estados Unidos e do Brasil. São apresentadas noções estruturais dos referidos sistemas jurídicos, a contextualização histórica e as distinções conceituais e empíricas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito comparado, hermenêutica jurídica, Razoabilidade, Proporcionalidade, *Common Law*, *Civil Law*.

Abstract

The present study analyses reasonableness and proportionality in Common and Civil Law, considering, for their distinction, specific differences in judicial decisions in England, the United States and Brazil. It presents the structure of those legal systems, a historical contextualization and the conceptual and empiric distinction of reasonableness and proportionality

Key words: comparative law, legal hermeneutics, reasonableness, proportionality, Common Law, Civil Law.

¹ Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Rua Itambé, 45, 01239-902, São Paulo, SP, Brasil.

² Professor titular e coordenador da pós-graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Rua Itambé, 45, 01239-902, São Paulo, SP, Brasil.

Introdução

Invocações frequentes sobre Razoabilidade e Proporcionalidade têm sido realizadas no Brasil – na doutrina e na jurisprudência – sem, entretanto, evidenciar distinção empírica entre ambos, restando perceptível, pois, um entendimento – equivocado – pela sinonímia destes institutos³. No âmbito processual penal, por exemplo, sob uma denominação ou outra – ou mesmo em clamor a ambas – tem-se largamente utilizado de preceito útil à coibição de pena por demais excessiva em comparação ao feito criminoso, como também, em consequência a esta primeira utilidade, de que seja a pena aplicada em conformidade com as prescrições legais⁴. Vale dizer, estes institutos têm sido manejados ou no sentido de se exigir racionalidade na decisão judicial, para limitar a violação de um direito fundamental ou outro bem constitucionalmente protegido, ou ainda, para limitar a aplicação de uma circunstância agravante.

Os institutos, todavia, não guardam, como se pretende demonstrar neste ensaio, fungibilidade pragmática. De todo modo, servem, em qualquer sistema, para o cumprimento do atemporal escopo jurídico: o aprimoramento da solução dos conflitos.

Persiste, sobre a Razoabilidade e sobre a Proporcionalidade, uma atribuição axiológica, evidente na conceituação e na aplicação de cada um dos institutos, não bastando, pois, um entendimento rigorosamente imparcial e preciso. Como padrões que demonstram a exigência de justiça, equidade ou outro aspecto da moralidade (Dworkin, 2001, p. 22), ampliou-se, sobretudo a partir do século XX, a função dos princípios jurídicos, libertando a interpretação e a aplicação do Direito do estrito sentido das regras jurídicas.

Razoabilidade e proporcionalidade, neste sentido, operam-se relevantes aos sistemas jurídicos não apenas por reconhecer um dever estatal para com o particular cujo direito é limitado; de outro modo, encontram além relevância na função do Direito de atender às modificações sociais.

Diante do parâmetro analítico exposto, pretende-se analisar a hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade nas esferas da *Common Law* e da *Civil Law*, adotando como referência jurisprudencial a Inglaterra, os Estados Unidos e o Brasil.

A aludida escolha decorre de duas determinantes. Primeira, pela construção da Razoabilidade encon-

trar-se na Inglaterra, sistema originário da *Common Law*: seu entendimento, portanto, requer considerar a estrutura deste sistema e, para refletir acerca de seu emprego no Brasil, cotejá-la com a família da *Civil Law*. Segunda, a Proporcionalidade, é importante lembrar, possui construção lógica no sistema jurídico norte-americano, sendo, portanto, indispensável considerar genericamente sua estrutura para que se facilite sua compreensão.

É necessário, portanto, para melhor entendimento do tema, uma referência preliminar sobre os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* suas principais características estruturais, bem como suas distinções. A partir deste movimento é possível continuar com segurança uma abordagem específica acerca da Razoabilidade e da Proporcionalidade apta a articular a aplicação diferenciada destes institutos em conformidade com o sistema jurídico analisado.

A análise que se pretende construir concerne, pois, à Razoabilidade e à Proporcionalidade, suas distinções conceituais, a escolha linguística majoritariamente empregada em cada um dos sistemas jurídicos considerados, bem como um diagnóstico a partir da jurisprudência destes sistemas. A relevância do tema, como se pode perceber, advém de seu aproveitamento pragmático.

Razoabilidade e Proporcionalidade não somente recebem diversa atribuição axiológica quando em sua aplicação. No entanto, é importante relembrar, o seu conteúdo tem sido questionado pela doutrina: exigência de racionalidade na decisão judicial, limitação à violação de direito fundamental ou proibição ao excesso? Não obstante, é também objeto de dissenso doutrinário uma segunda aceção referente a um critério terminológico-classificativo de cada um destes: tratam-se ambos de princípios? Por último, não se pode deixar de mencionar que se tem questionado acerca do modo como se procedeu a recepção de cada um destes no sistema jurídico brasileiro.

Uma Hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade com enfoque na *Common Law* e na *Civil Law*, ante ao apresentado quadro de equivocidades concernentes aos institutos em apreço, requer, pois, considerar as seguintes dimensões:

(i) dimensão referencial de comparação pontual dos sistemas jurídicos em análise – Brasil, Estados Unidos e Inglaterra –, sob a óptica das famílias da *Civil Law* e *Common Law*;

³ O emprego indistinto de *Proporcionalidade*, *Razoabilidade*, bem como institutos correlatos, como *Equivalência* e *Justiça*, tem sido objeto de preocupação e crítica doutrinária. Sobre o tema no Direito brasileiro, destacam-se Humberto Bergamann Ávila, Suzana de Toledo Barros e Virgílio Afonso da Silva. Em sentido contrário, portanto, utilizando como sinônimos: Luís Roberto Barroso e Willis Santiago Guerra Filho. Vide parte específica relativa à bibliografia utilizada para este trabalho.

⁴ Neste sentido, a título exemplificativo: Recurso Extraordinário nº 211043. Rel. Min. Marco Aurélio; HC nº75889-MT.

(ii) dimensão analítico-conceitual correspondente à distinção de regras e princípios jurídicos e, sucessivamente, à distinção entre Proporcionalidade e Razoabilidade; e, e por último,

(iii) dimensão pragmática ou empírica, a exemplificar a aplicação de cada um destes institutos nos sistemas jurídicos considerados, e por analisar a recepção destes no sistema brasileiro.

Uma análise conforme acima posta deve considerar as principais características estruturais da *Common Law* e da *Civil Law*.

Neste sentido, é importante ressaltar que o interesse dos juristas da *Civil Law* tradicionalmente foi pelas regras substantivas (*substantive law*), preocupando-se mais com a própria definição do conteúdo, garantias e direitos englobados pelos sistemas jurídicos. Observa-se, porém, ao contrário, que na *Common Law* até pelo seu desenvolvimento fundar-se sobretudo na atuação jurisprudencial, maior preocupação houve com um caráter pragmático do Direito (direito adjetivo, ou no seu vernáculo, *adjective law*⁵), i.e., com o processo, suas formalidades e a efetividade dos institutos jurídicos (provas e execução das decisões)⁶.

A afirmação histórica destas famílias, entretanto, igualmente firmou-se no entendimento de que o Direito fosse estruturado normativamente por regras jurídicas.

A construção lógica da Proporcionalidade – e o presente estudo considerará também a construção histórica deste instituto e da Razoabilidade – no entanto, se fez possível apenas com o reconhecimento da validade normativa dos princípios jurídicos. Ronald Dworkin, da tradição da *Common Law*, traz, à estrutura normativa, “ideias, fins ou valores institucionalmente considerados” (Dworkin, 2002, p. 25), defendendo uma argumentação aberta permitida pelo que ele denominou princípios. Os princípios, não sendo operados no modo do “tudo ou nada”, preceituam fundamentos que devem ser conjugados com fundamentos oriundos de outros princípios, sendo-lhes inerente uma dimensão desconhecida pelas regras jurídicas, a dimensão de peso, operando-se, desta sorte, pela ponderação.

Considerando também o modo de aplicação das normas jurídicas – e não meramente o seu grau

de abstração e generalidade –, Robert Alexy, da tradição da *Civil Law*, a partir da contribuição de Dworkin, considera os princípios jurídicos como mandamentos de otimização a expressar deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo é somente fixado após sopesamento com princípios colidentes (Alexy, 2008, p. 90). Como deveres de otimização, podem os princípios ser aplicados em vários graus, de acordo com as possibilidades fático-normativas.

Da ponderação de Dworkin ou do teorema de colisão de Alexy resulta melhor explicação da complexidade contemporânea da proporcionalidade.

O emprego originário da proporcionalidade tem como escopo limitar as limitações do Poder Público contra os indivíduos por ele governados – “limitação das limitações” ou “restrição das restrições” –, exigindo que a medida restritiva por ele realizada seja considerada proporcional em comparação à finalidade almejada, avaliando-se a adequação, necessidade e proporcionalidade estrita desta. Da sua inicial utilização nas relações verticais⁷, advém o frequente emprego da Proporcionalidade como sinônimo de Razoabilidade.

O exame da Razoabilidade, como se adentrará adiante, entretanto, não tem como respaldo uma análise comparativa; de outra sorte, tem cunho subjetivo, considerando-se, portanto, características do destinatário individualmente considerado da medida empregada. Percebe-se, pois, ser pressuposto deste estudo a distinção conceitual da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Embora construídas e empregadas originalmente apenas nas relações do Estado com os indivíduos, Razoabilidade e Proporcionalidade possuem eficácia sobre as relações horizontais, firmadas entre particulares. Como instrumentos de interpretação e aplicação do Direito, devem estes princípios acompanhar o caráter dinâmico da sociedade e, deste modo, considerar patente a vinculação dos indivíduos à Razoabilidade e à Proporcionalidade, sobretudo ante a retomada de um desenvolvimento socioeconômico atribuído não mais exclusivamente ao Estado, mas compartilhando com os particulares.

A condução deste estudo, portanto, será condizente com a atualidade das relações fundadas na trans-

⁵ No Direito Romano, é bom lembrar, semelhantemente já se fazia uma distinção hierárquica entre direito (em correspondência ao conceito de *substantive law*) e processo (*adjective law*): os prudentes (jurisconsultos) e os advogados (*oratores*) cuja importância era certamente inferior à dos primeiros.

⁶ Sobre esta distinção, vale apontar: “A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada. A regra de direito continental, mais ligada à teologia moral do que ao processo, é uma regra, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador; apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. As duas regras, visando, pela sua origem, a uma finalidade diferente, não podem ter o mesmo nível de generalidade; a regra de direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa. A tradução de *legal rule* por regra de direito corresponde, nestas condições, a uma aproximação bastante grosseira; deforma nos nossos espíritos a verdadeira concepção de *legal rule* inglesa” (David, 2002, p. 409).

⁷ Embora tenham incidência originária nas relações verticais, tem-se difundido a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações horizontais (Steinmetz, 2005, p. 11-53).

nacionalidade econômica (e empresarial), das relações sociais, do conhecimento e, por consequência, do Direito, caracterizadas especialmente pelo desenvolvimento tecnológico. A dimensão empírica destes institutos, neste mesmo sentido, estará restrita à vinculação dos particulares à Razoabilidade e à Proporcionalidade em matéria de propriedade intelectual porquanto uma contemporânea compreensão do desenvolvimento tem alicerce na produção de conhecimento.

A hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade, nos moldes acima delimitados, requer, por conseguinte, seja iniciada a análise a partir das duas famílias jurídicas consideradas: *Common Law* e *Civil Law*. Uma mera descrição normativa dos sistemas jurídicos paradigmáticos deste estudo seria insuficiente para a compreensão do tema e do próprio Direito, fazendo-se indispensável entender sua estruturação. Deste modo, buscando o alcance da compreensão transnacional do Direito, em um primeiro momento, considerada será a *Civil Law*⁸. Em momento consecutivo, cuidar-se-á da *Common Law*, tendo como escopo, após sua descrição, a caracterização genérica dos sistemas da Inglaterra e dos Estados Unidos – *Common Law* – sistema puro e híbrido, respectivamente. Somente em momento ulterior serão analisadas a Proporcionalidade e a Razoabilidade.

Civil Law

Embora tenha o Império Romano perdido sua existência fática, seus pilares jurídicos se perpetuaram, permanecendo viva não apenas sua historicidade: uma construção jurídica existe a partir e em sua semelhança. Mais de vinte séculos certamente distanciaram a atualidade de seus institutos, não sendo a *Civil Law* aplicação de sistema jurídico há muito revogado. Ao contrário, sua formação encontra pilares em outros povos, bárbaros – sobretudo no germânico –, que, durante os primórdios da construção deste sistema, segregados em feudos, con-

viveram com os povos romanizados seguindo cada qual sua própria lei. A erudição das compilações foi substituída por leis diversas, aplicadas espontaneamente pelas populações. Neste período, denominado de período de direito consuetudinário, era ainda perceptível no sistema jurídico em construção preponderância deste caráter.⁹

À família romano-germânico é atribuída solidificação apenas a partir do século XIII, quando as universidades fazem renascer o estudo do Direito Romano, sua construção lógica e o agrupamento de seus institutos. O resgate da ideia de Direito dos romanos é alicerce a um novo sistema jurídico criado a partir dos institutos românicos, sobretudo dos seus preceitos acerca das relações entre os cidadãos, o Direito Civil, a partir da qual os demais ramos deste novo sistema se desenvolveram¹⁰. As regras mais justas e morais, mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade eram então lecionadas, cabendo ao Direito preceituar condutas às quais os homens devem obedecer no seu comportamento – “O direito é, tal como a moral, um Sollen (o que é necessário fazer), não um Sein (o que se faz na prática)” (David, 2002, p. 42).

Preceituando a respeito do que *deve ser*, o Direito da *Civil Law* não teve como elemento caracterizador um método lógico de indução, isto é, não teve a realidade fática como fonte formal de seu sistema. O período legislativo da *Civil Law* resgata a dedução como fundamento deste sistema. Os costumes, ensinados nas universidades, frágeis, fragmentários e múltiplos, careciam de positividade. A codificação, nesse sentido, tinha como escopo atualizar o direito – e, principalmente, tendia a suprir uma necessidade de apresentar o direito aplicação genérica a todo o Império napoleônico, unificando ainda mais a Europa continental. Com a queda do império, muitos outros sistemas, além dos colonizados, encontravam-se em processo de codificação. Houve, neste sentido, contribuição a uma unidade da família romano-germânica. A disseminação da transnacionalidade

⁸ Adotar-se-á a nomenclatura *Civil Law* para designar óptica estrangeira acerca do sistema jurídico romano-germânico. No estudo, desta forma, poderão ser utilizadas ambas as expressões para designar o sistema jurídico cuja fonte remota se encontra no Direito Romano.

⁹ No meio jurídico é frequente a imputação de “Direito Costumeiro” como sinônimo de *Common Law*. Esta utilização é incorreta. A afirmação de ser o costume fonte exclusiva da *Common Law* é imprópria: uma utilização mais precisa quanto à natureza teórica, pode ensejar entendimento da jurisprudência como um costume (costume judiciário), contrapondo-o ao costume geral, oriundo do povo, induzindo a que este seja fonte também da *Civil Law*. Ademais, a *Civil Law* contou também com um período em que os costumes gerais foram sua preponderante fonte jurídica, período correspondente do declínio do Direito até a criação das universidades (até o final do século XII). Neste sentido, persiste a ponderação de Guido Fernando Soares (2000, p. 51-52): “A incorreção reside em razões de ambos os sistemas: na *Civil Law*, é bem verdade que um caso isolado, propriamente não faz jurisprudência; por outro lado, sua eventual força normativa advém não da *communis opinio juris* do povo, mas do prestígio do órgão que permite a formação da jurisprudência, sem no entanto, apresentar o caráter de obrigatoriedade [...] na *Common Law* [que] os costumes representam no Direito Internacional Público e no Direito do Comércio Internacional [...] [pela imensidão das lacunas]. Na *Common Law*, um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica, para o fatiespecie, sendo portanto a jurisprudência a fonte primeira formal para o direito. [...] Na *Common Law* [...] após a reforma [...] por Lord Meinsfield na Inglaterra, pelos anos a partir de 1776 [...], o costume se encontra reservado a matérias locais e restrito a assuntos comerciais.”

¹⁰ A nomenclatura em língua inglesa para “direito romano-germânico” respalda-se no seu antecedente histórico, pelo que encontra alicerce no Direito Civil criado em Roma – daí *Civil Law*.

do direito se fez possível apenas com o fim do Império Napoleônico. A partir do século XIX renasceu a valoração do direito natural, intrínseco à qualidade humana, voltando-se a memorar a essencial função da Doutrina e da Jurisprudência na formação e evolução do Direito.

As regras de conduta, advindas da estrutura lógica da dedução, pois, constituem elemento unificador da família da *Civil Law*: as regras, independentemente do sistema onde são produzidas – e, do instituto por estas representado –, versam sempre acerca de uma conduta que deve ser atribuída a um indivíduo ou coletividade. Por conseguinte, a regra jurídica, embora surja das necessidades sociais, refere-se a um comportamento futuro objeto da vinculação “dever-ser”. Quer dizer, contrariamente à *Common Law*, as situações fáticas perceptíveis na sociedade carecem primeiro, na *Civil Law*, de positividade a fim de que sejam reconhecidas juridicamente como regras. Entretanto não se pode dizer ser a *Civil Law* um sistema sem preocupações com as situações fáticas para as quais os homens buscam solução; não é um sistema meramente teórico, sem caráter pragmático: difere-se apenas pela maior generalidade e abstração de seus elementos normativos.

Neste sentido, é importante evidenciar, o caráter genérico da regra jurídica do sistema romano-germânico necessita corresponder a um nível de generalidade considerado suficiente: deve assumir um caráter suficientemente geral a contemplar uma certa categoria ou tipo de situações não sendo, por conseguinte, unicamente aplicável (norma concreta e específica), nem conter generalidade excessiva própria da aplicação desvinculada das categorias – como, no entender de muitos, assim são os princípios¹¹. Da generalidade descrita na hipótese legal há a operação dedutiva como raciocínio lógico principal deste sistema, buscando-se, a partir da descrição da hipótese normativa de caráter genérico e abstrato – portanto, de uma previsão voltada a situações posteriores –, entender a ocorrência ou não da subsunção do fato concreto e específico.

As hipóteses normativas escritas como regras de conduta possuem neste sistema, sobretudo após a codificação nos séculos XIX e XX, primazia em relação às demais fontes jurídicas. Guardam as leis qualidade de primazia pela possibilidade que delas advém de enunciar regras claras e com precisão de acordo com a generalidade almejada. Não obstante, são incapazes de

criar exatidões relativas às especificidades de cada caso a ser apreciado pelo magistrado e não acompanham as necessidades e modificações fáticas da sociedade. Não bastam, pois, para a definição da *Civil Law*.

Doutrina e Jurisprudência, neste sentido, se mostram indispensáveis a este papel complementar à lei, exercendo sua interpretação. Superados os entendimentos hermenêuticos de que as regras de direito encontram-se no sentido lógico-gramatical da lei ou da intenção do legislador, exercem ambas função autônoma de interpretação, almejando, como já mencionado, alcançar a Justiça. Doutrina e Jurisprudência não mais estão adstritas à ditadura da lei, podendo desprender de sua literalidade embora nela devam ter seu alicerce. Os magistrados têm na interpretação legal um poder criativo do Direito oriundo da impossibilidade do *non liquet*. Do mesmo modo, possuem poder criativo diante da possibilidade que lhes é atribuída de conferir à lei uma interpretação nova, desde que não se configure uma atuação *contra legem*, ajustando a hermenêutica legislativa à uma nova sociedade, quer dizer, a uma sociedade modificada pelo tempo e conseqüente daquela produtora da antiga estrutura legal.

O poder criador de regras de direito conferido aos magistrados, todavia, não atende à generalidade própria das regras de conduta que caracterizam a *Civil Law*. Criadas a partir e para o caso concreto, não possuem idêntico grau de vinculação, como na *Common Law*, às decisões futuras, vale dizer, não têm qualidade de precedente obrigatório. Doutrina e Jurisprudência devem atuar a partir da lei. Porém, como já exposto, não é possível inferir por uma perfeita congruência entre o entendimento doutrinário-jurisprudencial e a literalidade da lei. Os princípios gerais, neste sentido, evidenciam a subordinação do operador do Direito ao dever de se alcançar o entendimento ou a solução mais justa, moral ou conforme à equidade. A lei, de várias vezes, explicita princípios a conduzir a atuação do magistrado, entretanto, o recurso aos princípios gerais é cabível mesmo na omissão da lei¹².

Common Law

A análise da *Common Law* requer abranger seu caráter histórico, porquanto nele encontra não apenas contextualização de seus primórdios, porém, o pragma-

¹¹ Não é este o entendimento de Alexy. Vide a seguir o tópico “Dos princípios e das regras jurídicas”.

¹² “O Tribunal de Justiça Federal da República Federal Alemã entendia os princípios gerais como expressão de direito suprapositivo a vincular o próprio constituinte: “A adoção da ideia segundo a qual o poder constituinte poderia regular a seu bem prazer, significaria um retorno a um positivismo ultrapassado” (David, 2002, p. 171).

tismo característico desta família advém de uma formulação a repudiar conceituações genéricas e abstratas.

A construção da *Common Law* tem primórdios na Inglaterra e no País de Gales¹³, antes mesmo da conquista normanda. Guilherme, o Conquistador, não proclama a revogação do direito anglo-saxônico, fazendo subsistir sua aplicação concomitantemente ao funcionamento das *Hundred Courts* ou *County Courts*¹⁴, inicialmente compostas pela assembleia de homens livres e, mais tarde, como jurisdições senhoriais. A este tempo, o Direito Canônico era também aplicado, e ao rei cabia função decisória restrita a casos excepcionais, isto é, sob a ameaça da paz do reino ou impossibilidade de aplicação da Justiça pelo meio comum, devendo contar o soberano com a assistência da *Curia regis*. Alguns segmentos deste órgão ganham autonomia no século XVII, dentre os quais o parlamento e as comissões jurisdicionais que vieram a se fixar em *Westminster*, dando origem aos *Tribunais Reais de Justiça*¹⁵. Regras comuns a toda a Inglaterra foram a partir de então instauradas.

O rei, embora impedido de intervir nas decisões dos *Tribunais de Westminster*, permaneceu com função decisória, primeiramente recursal e, mais tarde, originária e em caráter subsidiário à *Common Law*. Suas decisões não tinham cunho jurídico, mas de equidade, para evitar o *non liquet*. Como “the keeper of the king’s conscience”¹⁶, o Chanceler (em inglês “*Counsellor*”, isto é, conselheiro), eclesiástico nomeado pelo rei, concedia medidas aos casos em que não houvesse *writ* na *Common Law*. Paralelamente aos *Tribunais Reais de Justiça*, as *Courts of Chancery* criavam normas e linguagem próprias, distintas da *Common Law*, desenvolvendo a Justiça a partir da equidade. Independente do Direito Canônico desde a Reforma Anglicana, embora de diferente modo de desenvolvimento histórico, como se pode perceber pelos parágrafos anteriores, a *Equity Law* acabou por se assemelhar à *Common Law*, igualmente formalista e sub-

missa à regra do *stare decisis*. Os *Judiciary Acts* de 1873 e os dos anos seguintes suprimiram as *Courts of Chancery*; desde então tanto *Equity* quanto *Common Law* são julgadas pelos tribunais comuns, persistindo, porém a autonomia e subsidiariedade da *Equity*¹⁷.

A *Common Law*, ao contrário da *Civil Law*, preocupou-se mais com a efetividade dos seus preceitos, com o próprio processo, suas formalidades e a efetividade do Direito – provas e execução das decisões de Justiça da *adjective law*. O operador inglês menos se preocupava com a conceituação e afirmação de um direito do que com sua efetividade, em suas palavras, “remedies precede rights” (os remédios precedem o direito): de que vale a afirmação de um direito se na prática não há um meio de aplicá-lo? *Equity* e *Common Law* produzem regras a partir e para os casos concretos, não presumindo a *legal rule* uma abstração e generalidade próprias da *Civil Law*. Não obstante tenha alicerce nos *precedents*, a *Common Law* tem respaldo também em regra legislativa (*statute law*¹⁸). As formulações genéricas e abstratas do legislador, entretanto, são apenas incorporadas ao sistema na medida em que foram reafirmadas – e, por vezes, alteradas –, pelos tribunais, nas condições normais de elaboração da *Common Law*. Figuram, entretanto, opostamente à *Civil Law*, como fonte secundária do Direito, acrescentando ou complementando a jurisprudência excetuando o Direito comum.

A *Common Law*, ainda, tem no costume, ao contrário do que muitos afirmam, fonte de função secundária, não sendo possível, por isso, inferir ser este um sistema eminentemente consuetudinário.

O direito jurisprudencial fundado sobre a razão retira dos costumes locais regras jurídicas. Vale dizer, para que um costume seja incorporado ao sistema jurídico deve ser invocado judicialmente, figurando, deste modo, como precedente obrigatório¹⁹. Indubitavelmen-

¹³ Importante inferir a eficácia da *Common Law*. Não se confunde com toda a Grã-Bretanha ou o Reino Unido, sendo, portanto, própria da Inglaterra e do País de Gales somente.

¹⁴ Cortes com competência referente a um condado ou a uma subdivisão de um condado.

¹⁵ A competência dos *Tribunais Reais de Justiça* era restrita a questões que ameaçassem a paz do reino. Os litígios desta competência eram, nesta fase histórica, resolvidos sem que houvesse qualquer intervenção de cunho decisório do rei, isto é, neste período a realeza não possuía interferência alguma sobre o que hoje se denomina de Judiciário. As demais questões permaneciam resolvidas pelas cortes regionais, jurisdições senhoriais ou eclesiásticas e, mais tarde, pelas leis comerciais (*lex mercatoria* ou *ley merchany*).

¹⁶ A princípio, eram os chanceleres escolhidos dentre os eclesiásticos da Igreja Católica para aconselhar ao rei. Soares (2000, p. 34) aponta que o requisito de ser o chanceler um eclesiástico findou-se em razão de conflito entre o Rei Henrique VIII e seu Chanceler, Thomas Morus, expressando a ruptura com Igreja Católica.

¹⁷ O conceito de *Common Law*, pois, deve ter univocidade técnica, não se confundindo com direito anglo-saxônico, com sistema consuetudinário, ou mesmo com Justiça de Equidade. O direito anglo-saxônico sobreviveu até a conquista normanda, convivendo com a *Common Law* em seus primórdios e, no presente momento, é invocado a título de costume. A *Equity* foi originada pela necessidade de equilibrar o rigor formal e de preencher lacunas da *Common*.

¹⁸ A *legal rule* foi utilizada no século XX com o escopo de modificar a estrutura social da Inglaterra, porém, diferentemente do que ocorreu nos países de sistema romano-germânico, não guardou a mesma eficácia. As leis e regulamentos foram utilizados para introduzir princípios diretores de uma transformação de conduta social (sobretudo no *Welfare State*): os tribunais ingleses precisaram se adaptar a uma atividade hermenêutica baseada na dedução, que, no entanto, não teve tanto sucesso pelo que a lei (sentido genérico: *statute* como ato do parlamento e outros regulamentos) não libertou o Judiciário – *law makers* – do tradicionalismo jurídico intrínseco da *common law* (David, 2002, p. 436-437).

¹⁹ Na Inglaterra, é ainda necessário, para considerar como obrigatório um costume, que seja classificado como imemorial. O critério objetivo para esta classificação reporta-se a uma lei instituída em 1265, que considerava imemorial o costume existente em 1189. Não se exige provar faticamente esta antiguidade, bastando provar que poderia existir o costume ao ano de 1189 para, assim, sê-lo imemorial e, conseqüentemente, obrigatório. Por último, a exigência da imemorialidade incide apenas sobre os costumes locais, não sendo aplicada sobre os costumes comerciais.

te, guardam os costumes na Inglaterra maior relevância, porquanto não possuindo constituição escrita, a matéria constitucional é por eles resguardada. A monarquia absolutista, bem como suas consequências (os ministros como funcionários da rainha e por ela exonerados; os navios de guerra e edifícios públicos como propriedades da Coroa, dentre outros) não estão escritas em texto constitucional. Do mesmo modo, a imposição ao magistrado de que, em alguns casos, recorra ao júri para a formação de seu convencimento também não o está. Ambos foram criados pelo costume e através dele absorvidos no sistema jurídico inglês; descrever o Direito Constitucional da Inglaterra apenas por suas leis escritas, sem a consideração das *Conventions of the Constitution*, seria entender pela inexistência de regras constitucionais porquanto o costume constitucional não tem caráter jurídico, mas domina a política inglesa.

O desenvolvimento jurídico nos Estados Unidos, embora guarde resquícios na *Common Law* inglesa, não deve com ela ser confundido. A sua colonização, baseada tanto no povoamento quanto nas *plantations* e, posteriormente, na conquista de territórios espanhóis, foi causa de diferentes sistemas de aplicação das leis inglesas. Desconhecida na Inglaterra, desenvolveu-se em suas colônias uma organização federal, seguida de uma Constituição Federal escrita e rígida. Ao contrário da Inglaterra, tiveram na *Equity* um direito baseado na liberdade de culto religioso. No que se refere ao sistema jurídico dos Estados Unidos, é enorme a influência do *jus scriptum*, permanecendo, concomitantemente, de uma forma geral, o *case law* em nível federal e estadual²⁰.

Dos princípios e das regras jurídicas

A operação do Direito pressupõe um exercício hermenêutico subjetivo. Ante sua dinamização e a ineficiência ocasionada pelo positivismo, retomou-se a noção de direitos inerentes à condição humana, revivendo, em fase pós-positivista, noções do jusnaturalismo. Ao

Direito, mais uma vez, coube receber atribuição axiológica pelos seus operadores e, aos princípios, outrora considerados meros valores, concedeu-se eficácia jurídica porquanto conquistaram “*status de norma jurídica*” (Barcellos e Barroso, 2005, p. 279).

Princípios e regras, portanto, são pela dogmática moderna igualmente qualificados como normas jurídicas, inexistindo entre eles hierarquização²¹. A distinção destas modalidades é de suma importância ao entendimento da Proporcionalidade e da Razoabilidade, até mesmo a ultrapassar o problema terminológico da contextualização destes institutos como normas jurídicas. Os princípios não possuem modo de conceituação nem de operação similares às das regras jurídicas. Considerados normas jurídicas, os princípios, pela sua maior abstração analítica, dependem de uma formulação linguística em função do qual resultará sua conceituação.

Às primeiras definições de princípios coube contextualizá-los como normas jurídicas, influenciando na percepção de que o Direito encontra respaldo também em argumentos oriundos de sua própria função. Foram consideradas, neste sentido, simultaneamente grau de abstração e grau de generalidade como dimensões das normas jurídicas, sendo os princípios, deste modo, destinados a um número “indeterminado de pessoas e a um número indeterminado de circunstâncias, enquanto as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta” (Ávila, 2001, p. 7). Uma segunda distinção das normas jurídicas considerou seu fundamento de validade. Esta distinção definiu as regras jurídicas como normas de comportamento dedutíveis de textos normativos. Os princípios jurídicos, conforme esta distinção, seriam preceitos normativos decorrentes direta ou indiretamente das regras jurídicas, quer dizer, decorrentes de normas de comportamento e dedutíveis de noções intrínsecas à formação de um Estado de Direito. Por conseguinte, entende-se, por esta definição, que os princípios não versem sobre comportamento humano, embora de regras legislativas

²⁰ O sistema jurídico dos Estados Unidos é, de várias vezes, classificado como um sistema misto das famílias da *Common Law* e da *Civil Law*. Vale citar o entendimento de Soares (2000, p. 52): “Os EUA, salvo o Estado de Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos.”

²¹ A inferência de que entre princípios e regras jurídicas inexistia hierarquização não implica terem idêntica função no ordenamento. A paridade significa serem ambas normas jurídicas, iguais em razão da unidade da Constituição. Os princípios, como se tenta defender no presente estudo, podem preceder a aplicação de regras jurídicas; esta precedência, entretanto, não conduz a que sejam superiores porquanto advém da maior generalidade e abstração adstritas aos princípios e de seu modo de aplicação, a ponderação. Acerca da precedência dos princípios, vide adiante o tópico “Da estrutura da Proporcionalidade”. Defendem ser a unidade da Constituição fonte da paridade entre princípios e regras jurídicas Barcellos e Barroso (2005, p. 280): “[...] ganhou curso uma distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios [...], indispensável para a superação do positivismo legalista [...]. a constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham papel central”.

acerca deles sejam oriundos. O princípio jurídico, deste modo, tem uma definição pouco limitada e a ele é conferido um caráter acessório.

Demonstrada a validade destas normas jurídicas que prescrevem valores, fins ou ideias a serem institucionalmente determinadas – os princípios –, uma nova preocupação classificatória realizou-se na dogmática jurídica, concentrando-se na estrutura de aplicação normativa.

Neste sentido, Ronald Dworkin, da tradição da *Common Law*, tentou atacar genericamente o positivismo – “general attack on positivism” (2001, p. 22) – defendendo uma argumentação aberta permitida pelo que ele denominou princípios. As regras, segundo sua definição, são aplicadas no modo “tudo ou nada” – “all-or-nothing fashion” (Dworkin, 2001, p. 24). Vale dizer, a regra jurídica, dedutível de texto normativo, deve ser considerada válida ou inválida a partir do preenchimento (ocorrência fática) de sua hipótese de incidência e, caso haja entre regras colisão, uma delas deverá ser inválida – “tudo ou nada”: ou uma norma jurídica é válida, ou não é válida; na colisão entre regras não cabe a validade de ambas.

Os princípios, ao contrário, não contêm preceitos a vincular um ato operativo do Direito: preceituam fundamentos que devem ser conjugados com fundamentos oriundos de outros princípios; não são aplicados no modo “tudo ou nada”, pois que possuem uma peculiar dimensão de peso (“dimension of weight”) a concluir pela aplicação de um princípio relativamente maior em detrimento de um segundo sem que o último perca sua validade jurídica. Ante a colisão de princípios, portanto, não há uma demonstração necessária da invalidade de um dos princípios colidentes, porém, à colisão aplica-se a dimensão de peso intrínseca a instituto dos princípios, incidindo, deste modo, ambos os princípios colidentes em diferentes medidas, ou aplicando-se apenas um destes princípios sem que o remanescente seja declarado inválido.

Uma última classificação é importante ser mencionada: Robert Alexy, a partir da contribuição de Dworkin, considera também estrutura e modo de aplicação das normas jurídicas. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção. Princípios, por outro lado, expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo é somente fixado após sopesamento com princípios colidentes – são, portanto, mandamentos de otimização, ou seja, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de

acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 2008, p. 90).

Como deveres de otimização, os princípios podem ser aplicados em vários graus, de acordo com as possibilidades fático-normativas, isto é, ante a colisão destes, não há imediata prevalência de um sobre o outro, porém, primeiramente sofrem exercício de ponderação para com os colidentes. Não implica a colisão que o princípio relativamente inferior não seja aplicado em prol do maior, casos em que aplicados parcialmente serão ambos.

Contudo, faz-se importante evidenciar na construção de Alexy, a aplicação dos princípios funcionar como uma cláusula de reserva, empregando-se um princípio somente se no caso concreto as condições fático-normativas não invocarem princípio de maior peso. Conclui, a partir disto, Alexy, contrariando a construção de Dworkin, pelo modo do “tudo ou nada” de operação dos princípios.

O modo de aplicação das normas jurídicas – quer regras, quer princípios – seria idêntico. Conforme a construção de Alexy, diferenciam-se, princípios e regras pelo modo de operação diante de uma colisão normativa. Enquanto na colisão de regras se verifica caso a norma está dentro ou fora de determinada ordem (“problema do dentro ou fora”), na colisão principiológica, é verificado se o princípio “já se situa no interior desta mesma ordem (‘teorema da colisão’)” (Ávila, 2001, p. 9).

Vale apresentar a explicação de Humberto Bergmann Ávila:

A distinção entre princípios e regras, segundo Alexy, não pode ser baseada no modo “tudo ou nada” [...] deve resumir-se a [...]: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, já que não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie* na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (Ávila, 2001, p. 9).

A Proporcionalidade, em ambos os autores, como se pode observar, advém da colisão dos princípios jurídicos²²: da ponderação de Dworkin, e do teo-

²² Embora derivada logicamente da colisão entre princípios, nos conflitos entre princípio e regra jurídica a ponderação é também defendida por Steinmetz em “Princípio da Proporcionalidade e Autonomia Privada” (2005, p. 45-46).

rema da colisão de Alexy. Em qualquer caso, entretanto, genericamente implica a verificação de qual dentre os princípios colidentes, diante das circunstâncias concretas, possui maior peso – pressupõe, desta maneira, uma análise comparativa.

A Proporcionalidade contém fundamento lógico, advindo da própria conceituação dos princípios como normas jurídicas. O emprego da Proporcionalidade no Direito Brasileiro tende a qualificá-la como princípio a ser manejado diante do conflito de outros princípios (Proporcionalidade como “princípio dos princípios”); tende, ainda, a igualá-la à Razoabilidade, embora os institutos guardem origem e aplicação diversas. O presente estudo, portanto, prosseguirá com estas necessárias distinções.

Afirmção histórica da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Em meados da década de 1940, ficou notório na Inglaterra o conflito entre *Associated Provincial Houses* e *Wednesbury Corporation*. Proprietária de um teatro onde também funcionavam salas de cinema, à *Wednesbury Corporation* era delegada, por meio do *Cinematograph Act de 1909*, a competência para conceder autorização ao funcionamento de atividades em suas salas de cinema. O mesmo ato normativo vedava a realização de atividades de entretenimento aos domingos. A proibição foi amenizada apenas a partir de 1932 com o *Sunday Entertainment Act* que expressamente possibilitava a quem competente para autorizar as atividades de entretenimento a livre imposição de condições para tanto.

A *Wednesbury Corporation*, deste modo, impôs à *Associated Provincial Picture Houses* a condição de que proibisse a entrada de crianças menores de 15 (quinze) anos de idade, acompanhadas ou não de um “adulto”, nas suas salas de cinema. Em ação promovida pela *Associated Provincial Picture Houses*, uma primeira decisão judicial esteve a favor da ré: o entendimento era de que

ao magistrado caberia apenas analisar acerca da autorização de funcionamento do cinema aos domingos, sem que lhe coubesse, no entanto, avaliar quanto ao teor da discricionariedade das condições impostas pela autoridade local à autora, pois que esta derivava da lei. Em apelação, a corte permaneceu a favor da concedente, preceituando *Lord Greene, M.R.* critérios a possibilitar uma intervenção judicial na discricionariedade de atos de particulares: “uma corte somente poder interferir no exercício da discricionariedade quando a autoridade chegar a uma conclusão tão irrazoável que nenhuma autoridade poderia ter chegado a ela”²³.

O termo utilizado pelo magistrado, é importante ressaltar, tem conotação negativa: *irrazoabilidade*. A princípio, entendia ele, nenhum órgão jurisdicional tem poderes para interferir, modificar, o teor da discricionariedade de uma autoridade, sendo, entretanto, possível apenas aferir pela ilegalidade desta discricionariedade. Contudo, um novo preceito se formou, a favor de modificação de uma decisão discricionária cujo teor seja evidentemente irrazoável, tão irrazoável que nenhuma outra autoridade razoável poderia ter chegado a ela. Neste caso, para a modificação da decisão, não era necessária que fosse considerada ilegal, bastando sê-la irrazoável. Nos Estados Unidos posteriormente houve também a criação de precedente a incorporar o *Princípio da Irrazoabilidade*²⁴.

Já a ideia nuclear e técnica de Proporcionalidade, isto é, como “limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados” (Guerra Filho, 2005, p. 255-256), deriva do Direito Germânico. Entretanto, seguidores da Teoria do Direito Natural, crendo em direitos e princípios gerais dedutíveis da própria natureza humana, encontram na Magna Carta (1215) adoção do critério proporcional, pelo que preceitua: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito” (Guerra Filho, 2005, p. 255-256)²⁵.

A noção de Proporcionalidade, intimamente ligada aos direitos humanos e fundamentais, é também

²³ No original: “The court is entitled to investigate the action of the local authority with a view to seeing whether they have taken into account matters which they ought not to take into account, or, conversely, have refused to take into account or neglected to take into account matters which they ought to take into account. Once that question is answered in favour of the local authority, it may be still possible to say that, although the local authority have kept within the four corners of the matters which they ought to consider, they have nevertheless come to a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it. In such a case, again, I think the court can interfere. The power of the court to interfere in each case is not as an appellate authority to override a decision of the local authority, but as a judicial authority which is concerned, and concerned only, to see whether the local authority have contravened the law by acting in excess of the powers which Parliament has confided in them”. O inteiro teor da decisão encontra-se disponível no site: http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/ASSOCI_1%20DOC.pdf (acesso em: 20/06/2010).

²⁴ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* em 1984.

²⁵ A tradução do latim ao inglês é encontrada em site oficial do Governo Britânico (<http://www.statutelaw.gov.uk>, acesso em: 15/06/2010): “(20) For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence, and for a serious offence correspondingly, but not so heavily as to deprive him of his livelihood [...]” (grifo nosso).

apresentada, segundo esta corrente, pelos Estados Unidos na Declaração de Direitos (*Declaration of Rights*) de 1776 e, igualmente, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França em 1789. A Proporcionalidade, como se pode observar, igualmente à Razoabilidade, tem nascedouro no Direito Administrativo, inferindo na relação do Poder Público com os particulares, sendo reconhecido, portanto, “que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos”²⁶.

Perceptível é corresponder a Proporcionalidade a uma análise comparativa, em que se tem como variáveis o meio a ser utilizado e o fim a ser por ele alcançado, resultando num dever de proporção entre ambos. Nasce, pois, como *um dever de proporcionalidade a ser observado pelo Poder Público* em suas restrições aos direitos fundamentais dos administrados, daí receber a nomenclatura de “restrição das restrições” ou “limitação das limitações”. Todavia, embora a sua origem tenha efetivamente ocorrido no campo do Direito Público, é também a Proporcionalidade aplicável, como se aprofundará no presente estudo, no Direito Privado²⁷. Para o entendimento introdutório que se pretende apresentar até o momento, a Proporcionalidade “ordena que a relação entre o fim e o meio seja adequada, necessária e proporcional” (Steinmetz, 2005, p. 39), ou seja, requer acerca de uma situação *in concreto* respectivamente analisar:

(i) *adequação* – o meio (ou medida) restritivo de direito fundamental é faticamente apto a atingir o fim pretendido?;

(ii) *necessidade* – dentre os possíveis meios restritivos de direito fundamental, devidamente adequados, o meio escolhido é o que tem menor grau de restrição ao direito fundamental lesionado ou há outro, também adequado, de menor grau de restrição ao direito fundamental em foco?; e, por último,

(iii) *proporcionalidade em sentido estrito* – guarda proporcional importância a restrição do princípio ou direito fundamental (meio ou medida) em prol da satisfação de princípio a este colidente?

Da estrutura da Proporcionalidade

Uma dimensão analítico-conceitual da *Proporcionalidade* e da *Razoabilidade* cumpre, por último, demonstrar a ressalva inicial deste trabalho, qual seja, a inexistência de sua fungibilidade. Casos há em que a constitucionalidade de uma medida é aferida não da relação meio-fim, sendo, de outro modo, fundada na situação pessoal do sujeito envolvido. O exame está além da relação meio-fim, considerada já constitucional, tendo como objeto a aplicação daquela medida para determinado sujeito. A Jurisprudência brasileira tem, conforme preteritamente mencionado, unificado a Razoabilidade concernente à análise da medida com objeto subjetivo e a Proporcionalidade concernente à análise formal da medida em relação ao fim que justifica a restrição de um bem jurídico: “é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade” (Silva, 2002, p. 32).

Contudo, a *Razoabilidade*, construída do caso de *Wednesbury*, não tem escopo de auferir a Proporcionalidade de uma medida, o seu escopo é fixar critérios à intervenção judicial na discricionariedade de atos de particulares ou mesmo de autoridades do próprio Poder Público: “[U]ma corte somente poder interferir no exercício da discricionariedade quando a autoridade chegar a uma conclusão tão irrazoável que nenhuma autoridade poderia ter chegado a ela”²⁸.

A *Razoabilidade* se justifica no devido processo legal construído no direito norte-americano²⁹. Como se pode observar, o *Princípio da Razoabilidade*, ao contrário do Princípio da Proporcionalidade, não possui caráter formal e fechado, tampouco vincula a motivação de uma restrição a direitos fundamentais para com a finalidade de que lhe causou a necessidade. A Razoabilidade serve para viabilizar a modificação de atos do Poder Público, recaindo também sobre atos devidamente proporcionais que, entretanto, possuem patente irrazoabilidade quando aplicados a um sujeito em específico. Silva explica: “[...] o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionali-

²⁶ A frase de *Syarez*, qualificada como princípio fundamental de Direito Público, foi proferida perante o rei da Prússia, *Friederich Wilhelm*, em 1791 (Guerra Filho, 2005, p. 256).

²⁷ A Proporcionalidade, conforme se tentará frisar no presente estudo, teve como escopo originário limitar os atos do Poder Público restritivos de direitos fundamentais, sendo, portanto, de acordo com este entendimento, aplicável sobremaneira nos casos de aprisionamento ou sentenças de morte. Os estudos acerca da Proporcionalidade, desta sorte, maior atenção tem recebido para o Direito Processual Penal. Vide Frase e Sullivan (2008).

²⁸ Vide nota 28.

²⁹ O devido processo legal (*due process of law*) teve inicialmente um caráter estritamente processual (*procedure due process*), voltando-se à regularidade do processo, sobretudo com incidência sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, direito a advogado e ao acesso à justiça. Em momento posterior, recebeu uma segunda conotação, substantiva, sendo instrumento à defesa dos direitos individuais ao que possibilitaria o controle da discricionariedade do legislador e de outros atos governamentais (de onde advém também o controle de constitucionalidade). Nos Estados Unidos, foi a partir de *Marbury vs. Madison* (1803) que se propôs o exame de mérito dos atos do Poder Público em geral, recaindo a *Razoabilidade* sobre a discricionariedade e a racionalidade (*rationality*) destes atos.

dade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis” (2002, p. 29); e, ainda:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. [...] tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito [...] (Silva, 2002, p. 30).

A *Proporcionalidade* indica critérios de mensuração de controle dos atos governamentais – adequação, proporcionalidade e proporcionalidade em sentido estrito: a *Razoabilidade*, ao contrário, não contém critérios específicos de mensuração.

A construção da *Proporcionalidade*, é importante lembrar, tem fundamento lógico na Teoria dos Princípios – donde advém sua nomenclatura jurídica mais difundida na linguagem forense. Como “padrões que devem ser observados porque são uma exigência da justiça, da equidade, ou outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2001, p. 22), os princípios, conforme Dworkin, contém uma dimensão de peso (*dimension of weight*), sendo necessário para o emprego de um princípio verificar o seu peso relativamente aos princípios a ele colidentes (ponderação).

Distinguindo também, conforme já mencionado, regras e princípios como modalidades de normas jurídicas, Alexy considera os princípios como “mandamentos de otimização”, ou seja, ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível* de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Influem sobre a aplicação dos princípios não apenas as possibilidades fáticas da situação *in concreto*, mas também as possibilidades jurídicas determinadas pelas regras e pelos princípios colidentes. O sopesamento intrínseco à sua aplicação induz que, em certos casos de colisão, haja *prima facie* uma precedência de um princípio em relação ao outro. O termo precedência neste caso significa que, *in concreto*, um princípio seja considerado de maior valia do que

outro a este colidente, aplicando-se um e não o outro, ou aplicando-se um em maior escala do que o outro.

É nos dizeres de Alexy (2008, p. 96):

Levando-se em conta o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (grifo do autor).

Vale dizer, a prevalência de um princípio ocorre sempre que houver razões suficientes, configuradas pelas possibilidades fático-jurídicas, para a limitação do princípio oposto; oriunda da ponderação entre os princípios, pode ser formulada como uma regra que expressa uma relação de precedência condicional, diante da qual há a subsunção do caso concreto em relação à hipótese normativa (lei de colisão).

A regra de precedência, como se pode perceber, descreve o resultado da ponderação, restando à proporcionalidade concretizá-la.

A proporcionalidade, desta sorte, examina as possibilidades fáticas e as possibilidades jurídicas da preferência de um princípio em relação a outro ante a ponderação (dimensão de peso) intrínseca à estrutura principiológica. Exige, para tanto, análise de três elementos oriundos da ponderação ou da dimensão de peso: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, que devem, pela sua relação de subsidiariedade³⁰, ser analisados nesta ordem:

Adequação

A análise da adequação tem sido amplamente aceita como a aptidão que a medida empregada deve ter para alcançar a finalidade pretendida. Da definição decorre que o meio será adequado quando, com seu auxílio, é possível promover o resultado desejável³¹. Steinmetz, qualificando a adequação como um exame empírico – ou seja, a adequação corresponde à análise da possibilidade fática da maior aplicação de um princípio ou de um direito fundamental – preceitua:

³⁰ A subsidiariedade destes elementos, é importante ressaltar, não representa unanimidade doutrinária. Para o presente trabalho, entende-se por subsidiariedade conforme posição de Silva (2002, p. 34): “Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso concreto já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido só é imprescindível, se o problema não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.”

³¹ O posicionamento majoritário na dogmática brasileira de que a aptidão deva ser entendida como a completa obtenção da finalidade pretendida pelo meio restritivo de direito fundamental é contestado por Silva. O autor entende a adequação significar que a aptidão do meio utilizado de alcançar ou ao menos *fomentar* o objetivo pretendido: “Adequação [...] é também o meio com cuja realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (Silva, 2002, p. 36).

O princípio da adequação [...] – por vezes também denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade – ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é útil, idôneo, ou apropriado para atingir o fim pretendido (2005, p. 40).

Necessidade

Analisada a adequação do meio pretendido, é mister verificar acerca de sua necessidade, isto é, examinar se, dentre os meios possíveis igualmente adequados à consecução do fim pretendido, o meio escolhido é o que tem o menor teor de restrição a direitos fundamentais. Diante da colisão entre princípios ou direitos fundamentais, portanto, a restrição de direitos fundamentais será necessária caso não exista outro meio igualmente eficaz que restrinja em menor grau os direitos fundamentais em questão. A análise também é realizada quanto à possibilidade fática da ponderação, contudo, ao contrário da adequação, é um exame comparativo, não sendo considerado como objeto o meio escolhido por si só (análise absoluta), mas todos os meios igualmente adequados.

Proporcionalidade em sentido estrito.

Superadas adequação e necessidade do meio pretendido, ainda não se esgota a análise da Proporcionalidade. O exame da Proporcionalidade em sentido estrito faz-se necessário para a concretização do mandamento de ponderação, exigindo proporcionalidade quanto à relação entre o meio eleito e o resultado perseguido. É na lei da ponderação: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro” (Alexy, 2008, p. 161)³². A verificação deste elemento, ao contrário dos pretéritos, exige sopesamento jurídico

entre a intensidade da restrição ao direito fundamental e a importância da realização do direito fundamental com ele colidente. Não basta ser o meio adequado e necessário, sendo indispensável considerar a motivação da restrição de direito fundamental ocasionada pelo meio empregado em prol do fim pretendido³³.

Proporcionalidade: princípio ou regra jurídica

A dogmática acerca do assunto tem utilizado amplamente a expressão “*princípio da proporcionalidade*”. O mesmo termo é difundido na jurisprudência brasileira.

A tendência no discurso jurídico de qualificar a Proporcionalidade como norma-princípio evidencia a relevância do seu conteúdo como “princípio dos princípios”. A Proporcionalidade é de suma importância à operação do Direito pelo que serve à solução dos conflitos principiológicos. Esta linguagem, por consequência, entende a Proporcionalidade como norma dotada de generalidade e abstração superiores.

Em posicionamento contrário, ante a construção estrutural dos princípios de Alexy, entretanto, a Proporcionalidade nem sempre é classificada como princípio:

(i) não é um mandamento de otimização, deste modo, não produz efeitos em várias medidas, ao contrário, sua aplicação ocorre mediante o preenchimento de todos os seus elementos – a aplicação da proporcionalidade ocorreria na maneira do tudo ou nada: a Proporcionalidade será empregada se, e somente se, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito forem preenchidas;

(ii) não há, como decorrência disso, criação de regra de prevalência *prima facie* em sua aplicação: a sua aplicação ocorre através da subsunção;

(iii) a Proporcionalidade não configura conflito com os outros princípios: na verdade é o próprio instrumento aplicativo de resolução dos conflitos principiológicos.

³² Importante mencionar que alguns autores defendam a *razoabilidade* como *proporcionalidade* em sentido estrito, como se nota em Ávila: “Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados” (Ávila, 2005, p. 70). O entendimento defendido no presente estudo segue no sentido contrário, conforme difundido por Silva (2002, p. 30ss.)

³³ Parte da doutrina entende a proporcionalidade em sentido estrito como vedação a que seja atingido o “núcleo essencial” do direito fundamental restringido. Neste sentido, Guerra Filho (2005, p. 267): “[proporcionalidade em sentido estrito] determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível. Aqui importa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ [...] de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que mesmo havendo vantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretas pela disposição em apreço, as vantagens que traz para interesses superam aquelas desvantagens”.

Tem-se comumente no Brasil entendido a Proporcionalidade como princípio – e, por muitos, conforme exposto, como princípio semelhante senão idêntico ao da Razoabilidade. Entretanto, deve-se considerar que os elementos da Proporcionalidade têm estrutura lógica de regras jurídicas, ou seja, passíveis de nele se subsumirem fatos e questões jurídicas. É o entendimento de Guerra Filho (2005, p. 268):

[...] não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade como mera regra, como recentemente se afirmou entre nós, supostamente com apoio em Alexy. Isso porque não pode ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, as regras, peculiaridade esta, que Ronald Dworkin refere como a “dimensão de peso” (*dimension of weight*) dos princípios e Alexy como a ponderação – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras.

A Proporcionalidade, quer designada como princípio, quer designada como regra jurídica, deve compreender que adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito operam-se mediante subsunção. Seus elementos não são mandamentos de otimização, isto é, o preenchimento parcial de seus conceitos não implica a concretização da Proporcionalidade.

Não se pode aferir a qualificação da Proporcionalidade como princípio ou mesmo como regra jurídica, mas seu melhor entendimento requer perceber sua diferença estrutural bem como os fenômenos por ela descritos. O entendimento da Proporcionalidade, portanto, exige considerá-la como decorrência lógica da colisão de princípios jurídicos – ou seja, da ponderação de Dworkin e do teorema da colisão de Alexy – correspondente a uma análise formal comparativa da relação meio-fim e com o escopo de estabelecer uma medida proporcional entre bens jurídicos concretamente colidentes.

Averiguações pontuais da jurisprudência

Inglaterra

A compreensão hermenêutica do emprego da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Inglaterra re-

quer ter em mente que foi neste sistema jurídico onde ocorreu a concepção deste último princípio. A Razoabilidade teve sua construção sob a jurisprudência inglesa, nascendo, desta sorte, como o *Princípio de Wednesbury*. De igual modo, o emprego da proporcionalidade pelo sistema jurídico inglês é remetido a uma decisão judicial, proferida em 1985 por Lord Diplock (*High Court Appeal*) no caso *Council of Civil Service Unions v. Minister of the Council Service – “GCHQ” case*³⁴. A partir de então, casos outros foram por este inspirados, aplicando-se, neste mesmo sentido, à revisão de decisões judiciais (*merits review*), bem como no sentido de proibição do excesso da pena criminal. Noção deste princípio na Europa já havia desde o *Tratado de Roma* (1957), especificamente pelo seu artigo 5º, porquanto preceitua limitações às ações da Comunidade Europeia no sentido de que não poderiam ultrapassar os objetivos daquele Tratado³⁵.

Contudo, nos moldes concebidos pela doutrina alemã, a proporcionalidade foi incorporada pelo sistema inglês somente após decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, que inspiraram, na Inglaterra, a criação do *Human Rights Act* (1998) a mencionar expressamente adequação (*suitability*), necessidade (*necessity*) e proporcionalidade em sentido estrito (*proportionality in a narrow sense*)³⁶. A partir da expressa incorporação da Proporcionalidade no meio jurídico inglês, digressão dogmática tem se desenvolvido a respeito da sobrevivência concomitante da Razoabilidade, ou seja: a incorporação da Proporcionalidade afasta a aplicação da Razoabilidade? Vale dizer, questiona-se se as noções intrínsecas à Razoabilidade estão ou não inseridas nos de Proporcionalidade, perecendo, pois, a aplicabilidade deste primeiro princípio (vide Emilliou, 2002).

*Apple Corps Limited vs. Apple Computer, Inc.*³⁷. Para uma compreensão fática do tema na Inglaterra, prossegue-se com a análise da decisão tomada na *High Court of Justice* a respeito do conflito entre *Apple Corps Limited* e *Apple Computer Inc.*³⁸ Conforme mundialmente conhecido, *Apple Corps Limited* (“Apple Corps”) é uma empresa gravadora criada em 1963 pelos Beatles. Inicialmente denominada *The Beatles Limited*, sofreu em 1967, alteração para *Apple Music Limited*. Logo após, em 1968, recebeu sua atual denominação. A empresa detém di-

³⁴ O caso envolvia a análise de uma decisão do monarca em matéria de segurança nacional (*Royal Prerogative*, quer dizer, prerrogativa real). Em primeira instância (*High Court of Justice*), foi mantida a decisão real, contrariando a pedido dos funcionários da Government Communications Headquarters (GCHQ) de modificação desta decisão. O mesmo ocorreu em segunda instância (*Court of Appeals*). Contudo, na terceira instância (*House of Lords*), decidiu-se pela possibilidade da revisão de prerrogativas reais, até então sem precedente algum. A análise na *House of Lords* foi além da mera *Razoabilidade*, utilizando-se também de noções da *Proporcionalidade*.

³⁵ Veja o original: “Any action of the Community shall not be beyond it is necessary to achieve the objectives of this Treaty”.

³⁶ Sobre a *Proporcionalidade* na Inglaterra ver Feldman (1999, p. 177-144).

³⁷ Inglaterra. 2006 *High Court of Justice. Chancery Division. Ação cível*. Autora: *Appel Corps Ltda. Ré: Apple Computers Inc.*. Justice Mann. Londres, 08/05/2006. Disponível em: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/> Acesso em: 10/06/2010.

³⁸ Desde 2007, por fabricar produtos outros que não relacionados ao ramo de computadores (smartphone e iPhone), a razão social é “Apple Inc.”.

reitos autorais dos Beatles e de outros artistas. A *Apple Computers Inc.* (“Apple Computers”), empresa mundialmente conhecida no ramo de aparelhos eletrônicos e de informática, foi criada apenas em 1976. As empresas têm não somente em sua nomenclatura semelhanças, mas, em decorrência desta, imagens de maçãs para suas respectivas representações: a gravadora, uma maçã verde, enquanto a empresa de aparelhos eletrônicos e informática, uma maçã mordida.

Na década de 1980, a *Apple Corps* intentou ação contra a *Apple Computers* debatendo o uso da palavra “maçã”. Alegou a primeira que a empresa de computadores estaria fazendo explícita referência ao seu nome empresarial, infringindo, pro consequente, direitos empresariais e de propriedade intelectual. Em 1981, a *Apple Corps* firmou acordo com a *Apple Computers* instituindo que esta utilizasse referências a maçãs somente para designar bens e serviços concernentes às atividades computacionais (software, hardware e afins), vedada referência a equipamentos computacionais especificamente adaptados para o uso de gravação ou reprodução de músicas ou qualquer serviço operacional relativo à música. No final da mesma década, um novo conflito resultou em dois novos acordos (*Settlement Agreement* e *Trade Mark Agreement – TMA*, datados de 9 de outubro de 1991), destinados a restringir o uso de suas respectivas marcas ao ramo que é próprio a cada uma individualmente, quer dizer, a computadores e ao setor musical. O acordo reafirmou, deste modo, a restrição imposta à *Apple Computers Inc.* que não exercesse atividade empresarial ou produzisse bens relacionados à atividade musical, própria e exclusiva da *Apple Corps*.

Em 2004, mais uma vez a *Apple Corps* intentou ação contra a *Apple Computers* alegando que sua nova criação, a *iTunes Music Store*³⁹, estaria invadindo o ramo privativo de atuação da *Apple Corps*: a gravadora entendia que, nos termos do TMA, estaria vedada à *Apple Computers* a venda de músicas *online*. Embora envolva empresas com origens distintas (Estados Unidos e Inglaterra), o caso foi decidido pela Justiça inglesa. Perante a *High Court of Justice*, *Lord Mr. Justice Mann* considerou

irrazoável a alegação da gravadora de que a empresa americana estivesse invadindo seu ramo de atividade musical. A gravadora está ligada à criatividade da música, à sua criação. O acordo de 1991 delimita a atuação da *Apple Computers Inc.* para as atividades computacionais de software, hardware (e outros), contudo, também deixa expressa a possibilidade de bens ou serviços desta empresa estarem relacionados à atividade própria da *Apple Corps*⁴⁰.

A decisão da *High Court of Justice* considerou irrazoável a alegação da empresa britânica porquanto *Apple Computers* não estaria infringindo as condições do acordo firmado em 1991: a criação da *Apple Music Store* – e, antes, até mesmo do *iPod* –, sem dúvidas é uma atividade referente ao meio musical (de reprodução musical) que, entretanto, não tem caráter artístico-criativo, não se confundindo com a atuação da empresa gravadora: gravar músicas e produzir equipamentos eletrônicos destinados à sua reprodução possuem significados distintos. O entendimento de *Lord Mr. Justice Mann* apontou que uma autoridade razoável deveria decidir a favor da *Apple Computers Inc.*

A decisão não fez qualquer referência à Proporcionalidade, entretanto, é possível verificar sua incidência no caso porquanto, igualmente pelos direitos inerentes à propriedade intelectual e industrial, bem como pela liberdade de ofício, há implícita alegação de colisão de direitos. Neste sentido, vale examinar:

(i) *adequação*: o acordo firmado pelas partes em 1991 tem como escopo que não sejam as empresas confundidas pela semelhante referência que fazem à “maçãs”: A restrição das atividades de cada uma das empresas nos moldes do acordo é meio ao menos possível de promover o fomento desta finalidade? As restrições mostram-se aptas a atingir sua finalidade;

(ii) *necessidade*: entendendo pela adequação das limitações instituídas pelo acordo de 1991, são elas efetivamente necessárias para evitar confusão entre as empresas? E, caso sejam consideradas necessárias:

(iii) *proporcionalidade em sentido estrito*: há outro meio jurídico que prejudique em menor grau os direitos das partes que possa por elas ser adotado?

³⁹ Para o melhor entendimento do último conflito entre as empresas, é necessário entender que o equipamento da *Apple Computers Inc.* denominado *iPod* (equipamento portátil de reprodução e armazenamento de músicas) tem utilização ligada a um programa computacional denominado *iTunes*, onde se podem armazenar, reproduzir e organizar as músicas em pastas ou ordem de preferência, bem como comprar online músicas individualmente consideradas para serem utilizadas no *iTunes* e, conseqüentemente, no *iPod*.

⁴⁰ Para um melhor entendimento, vale a leitura da cláusula 4.3. do acordo firmado em 1991: “The parties acknowledge that certain goods and services within the *Apple Computer Field of Use* are capable of delivering content within the *Apple Corps Field of Use*. In such case, even though *Apple Corps* shall have the exclusive right to use or authorize others to use the *Apple Corps Marks* on or in connection with content within subsection 1.3(i) or (ii), *Apple Computers* shall have the exclusive right to use or authorize others to use the *Apple Computer Marks* on or in connection with goods or services within subsection 1.2 (such as software, hardware or broadcasting services) used to reproduce, run, play or otherwise deliver such content provided it shall not use or authorize others to use the *Apple Computer Marks* on or in connection with physical media delivering pre-recorded content within subsection 1.3(i) or (ii) (such as a compact disc of the *Rolling Stones* music).”

Estados Unidos

Criada por *George Eastman*, inventor da primeira máquina fotográfica portátil, a *Eastman Kodak Company* (“Kodak”) é uma empresa multinacional dedicada ao design, produção e comercialização de equipamentos fotográficos, bem como à impressão de fotos. O seu pioneirismo, entretanto, não é perceptível somente na sua fundação, ao criar máquinas fotográficas portáteis. A empresa foi igualmente pioneira na atuação fotográfica na área da medicina e na invenção de máquinas digitais. Embora atuante também na fabricação de máquinas fotográficas instantâneas durante as décadas de 1970 e 1980 – *Kodamatic* e *Colorburst* –, contudo, neste caso, sua autêntica inovação foi questionada pela *Polaroid*⁴¹.

A *Polaroid Corporation*, criada em 1937 por *Edward Land*, ficou também mundialmente conhecida pela fabricação de máquinas fotográficas, tendo, a este tempo, a *Kodak* como sua fornecedora de filmes fotográficos. Após anos de pesquisa, foi em 1972 que sua mais famosa máquina foi criada, inovando pela instantaneidade das fotografias da máquina *SX-70*, modificando esta invenção o setor fotográfico da época. No mesmo ano, foi considerada a melhor invenção industrial do ano pela *Fortune magazine* (EUA). Embora uma empresa muito menor do que a *Kodak*, a sua invenção inovou o mercado de equipamentos fotográficos.

A partir de então, a *Polaroid* começou a fabricar todas as peças de suas máquinas fotográficas, os filmes da *SX-70*, inclusive. A empresa começou a fabricar também as próprias baterias de suas máquinas – tornando-se, mais tarde, uma grande fabricante de baterias nos Estados Unidos –, mais uma vez inovando com a criação de pequenas baterias internas às câmeras fotográficas. O conceito de máquinas de fotos instantâneas perdurou por diversas décadas, cessando sua fabricação e comercialização em 2007/2008 com a popularização das máquinas digitais.

Em abril de 1976, a *Polaroid* intentou ação em face da *Kodak* alegando infringência de vinte de suas patentes. O caso foi levado até a Suprema Corte americana, que estabeleceu a favor da *Polaroid* indenização em decorrência da perda pecuniária e a imposição de que a *Kodak* não mais pudesse atuar no setor de máquinas instantâneas.

Duas teorias foram colocadas ante o magistrado para a fixação do *quantum* indenizatório: perdas e danos

e “perda razoável”. Por “perda razoável” entendeu-se aquilo que efetivamente a *Polaroid* havia perdido ou deixado de ganhar no setor, considerando-se também a perda da confiança depositada pelos consumidores à *Polaroid*, bem como, a impossibilidade de apresentar suas inovações no mercado e de vender produtos de sua patente com exclusividade.

O magistrado invocou a Razoabilidade para encontrar parâmetros à fixação do *quantum*, considerando o valor recebido pela *Kodak* na venda das máquinas de fotografia instantânea por ela produzidas, bem como outros fatores mais, tais como se a reputação da *Kodak* ou o baixo preço de venda teriam muito influído sobre a enorme venda destes produtos. Se a enorme venda tivesse ocorrido em razão da reputação da *Kodak*, entendia o magistrado, a *Polaroid* teria, de certa forma, se beneficiado pela disseminação da ideia de fotos instantâneas – este seria o núcleo da Razoabilidade a ser considerado.

Todos estes fatores foram considerados para o período entre 1976, quando foi intentada a ação, e 1986, quando a mesma foi decidida. A análise precisou considerar também que, já no início da década de 1980, a venda de câmeras fotográficas havia diminuído drasticamente. O valor fixado foi inferior ao pedido da *Polaroid*, entretanto, maior ao alegado pela *Kodak*. A decisão tornou-se parâmetro em matéria de propriedade intelectual pela aplicação de uma nova teoria, a considerar fatores outros que não apenas as perdas e danos, mas à Razoabilidade para uma atuação hipotética da empresa (no caso, *Polaroid*) caso não houvesse dano causado pela sua concorrente.

Por último, embora não explicitamente no processo discutido, cabe indagar a incidência da proporcionalidade no caso apresentado. Entende-se a incidência da proporcionalidade no momento da fixação do *quantum* indenizatório, conforme os preceitos a seguir:

(i) *adequação*: o meio utilizado (indenização de cunho patrimonial) é adequado, próprio, apto a reverter os danos sofridos pela *Polaroid* em razão da atuação da *Kodak*?

(ii) *necessidade*: entendendo pela adequação do meio, pode ser ele considerado como necessário a reverter os danos mencionados ou há outro meio igualmente apto a fazê-lo?

(iii) *proporcionalidade em sentido estrito*: há outro meio jurídico que prejudique em menor grau os direitos das partes que possa por elas ser adotado?

⁴¹ O conflito entre a *Polaroid Corporation* e a *Eastman Kodak* foi decidido em primeira instância na jurisdição de Boston, Massachusetts, acolhendo parcialmente os pedidos da autora. O caso chegou até a Suprema Corte. Veja a íntegra da decisão proferida em segunda instância no site: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/504bv.pdf> (acessado em: 20/06/2010).

Brasil

Expostas as distinções empírico-analíticas da Proporcionalidade e da Razoabilidade, e apresentado o emprego destes como se fungíveis fossem, é necessário discorrer, para que se exponha o emprego destes institutos no Brasil, acerca da defesa de incorporação no ordenamento jurídico pátrio da Proporcionalidade –, designada como conceito a abranger também a Razoabilidade.

Neste sentido, tem-se imputado a Proporcionalidade, conforme anteriormente colocado na presente exposição, como decorrência lógica das noções intrínsecas à concepção de um Estado de Direito – portanto, intimamente relacionada aos direitos humanos fundamentais –, bem como decorrente do conceito do devido processo legal substantivo (Guerra Filho, 2005, p. 264). Atribui-se, pois, *status* constitucional à Proporcionalidade, embora sua conceituação não tenha sido explicitamente colocada no texto constitucional, bastando para tanto o seu fundamento lógico, quer dizer, sua magnitude principiológica: sua incidência à operação dos princípios jurídicos.

Por último, mencionada já no presente estudo, a aplicação da Proporcionalidade transcende as relações verticais, recaindo também sobre as relações verticais, como se pode notar no caso objeto de análise.

Jurisprudência brasileira: marcas “Ricavel” e “Ricave”⁴². Intentou ação *Ricavel Veículos e Peças Ltda* (“Ricavel”) contra *Ricave Rio Caminhões e Veículos* alegando possibilidade de confusão das marcas porquanto ambas as empresas atuam no mesmo seguimento, sob a mesma bandeira. O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido da autora entendendo por não ter ocorrido efetivamente confusão entre as empresas de nomenclatura semelhante pelo que não localizadas na mesma região. A autora, informada, interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça alegando que “[...] ‘tanto o recorrente, quanto a recorrida são concessionárias de caminhões e veículos que trabalham sob bandeira G.M.C⁴³, apresentando logotipos com mesmas cores, como todo o resto da cadeia de concessionárias, ou seja, vendem os mesmos produtos sob marcas idênticas’[...], o que induziria o consumidor à confusão” (página 05 da r. decisão).

O tribunal invocou a Razoabilidade para interpretar o artigo 129 da Lei de Propriedade Intelectual

(Lei nº 9.279/96), entendendo que a tutela da marca não exige prova de efetivo engano dos consumidores e clientes específicos, bastando a sua possibilidade em decorrência da semelhança das marcas. Fica clara a possibilidade de confusão pelo consumidor, pela semelhança gráfica e sonora da nomenclatura, pela prestação de serviços ser do mesmo segmento e de mesma bandeira, embora atuem as empresas em estados diversos (São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente).

Entendeu o Tribunal pela possibilidade de confusão nestas circunstâncias pela “comum [...] procura e compra de veículos em outra unidade da federação” (p. 7). A empresa “Ricave” foi condenada a pagamento de indenização, bem como à abstenção de utilizar o sinal distintivo “Ricave”, substituindo-o por qualquer outro que não lhe seja semelhante ou idêntico no prazo de 30 dias.

O apelo à Razoabilidade, como se pode notar, refere-se não a uma relação de proporcionalidade entre uma medida e sua finalidade. Contudo, foi utilizada como parâmetro de racionalidade da interpretação do artigo 129 da Lei de Propriedade Intelectual, isto é, que fosse entendido como crime contra registro de marca a reprodução, sem autorização do titular, no todo ou em parte, de marca [previamente] registrada, ou a sua imitação, apta a induzir o consumidor à confusão, sem a necessidade de comprovação de que consumidores efetivamente tenham confundido as marcas.

Houve também apelo à Proporcionalidade para a designação da medida a ser imposta contra “Ricave”, entendendo o Tribunal pela fixação de *quantum* indenizatório e pela abstenção do uso de seu sinal distintivo e de alteração de seu nome social em 30 dias contados da publicação da decisão. Percebe-se, pelo exposto, o emprego da Proporcionalidade também no sentido de exigência de racionalidade da decisão a impor sanção à empresa *Ricave*, não sendo examinadas nem adequação, nem necessidade, nem proporcionalidade em sentido estrito da medida em relação à sua finalidade.

Considerações finais

Embora filiados a famílias jurídicas distintas e, por esta razão, possuam sistemas de estrutura manifestamente diversas, Inglaterra, Estados Unidos e Brasil igualmente reconhecem a normatividade dos princípios

⁴² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.105/RJ. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Recorrente: *Ricavel Veículos e Peças Ltda*. Recorrido: *Ricave Rio Caminhões e Veículos Ltda*. Brasília, 20 de outubro de 2009. Disponível em: www.stj.gov.br

⁴³ *General Motors Company* (G.M.C.): segmento norte-americano da *General Motors* voltado à produção de caminhões e caminhonetes.

jurídicos, demonstrando valores ou finalidades institucionalmente consideradas.

Em todos estes sistemas reconhece-se que as regras jurídicas oriundas da lei (Brasil) ou mesmo da jurisprudência (Estados Unidos e Inglaterra), em razão de seu modo operativo, são insuficientes para contemplar todas as situações fático-sociais a que o Direito é chamado a solucionar. Devido a isto decorre uma segunda particularidade das regras jurídicas: a impossibilidade de ponderação. Os princípios, desta forma, tendem a completar a estrutura normativa, tanto da *Common Law* quanto da *Civil Law*, entendendo por normas outras fundadas em valores, ideias ou finalidades institucionalmente consideradas em razão das transformações sociais.

Neste sentido, a Proporcionalidade encontra-se normativamente nos sistemas jurídicos considerados sem que expressa referência em texto legal seja necessária ao seu reconhecimento⁴⁴.

Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade percebem-se inseridos na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Brasil com um mesmo escopo originário: possibilitar a revisão de atos do Poder Público – donde advém o frequente emprego dos mesmos como sinônimos. São frequentemente invocados, nestes sistemas, nos sentidos de restrição das restrições ou proibição do excesso com incidência nas relações verticais, pouco se questionando ou refletindo acerca da vinculação dos particulares à Proporcionalidade e à Razoabilidade.

O emprego da Proporcionalidade e da Razoabilidade tem sido realizado de modo fungível não apenas no Brasil, mas também na Inglaterra e nos Estados Unidos. Isto é, invoca-se a Razoabilidade como vago parâmetro de uma Proporcionalidade, ao mesmo tempo em que se percebe invocação à Proporcionalidade como exigência de Razoabilidade. Como anteriormente exposto, o apelo à Proporcionalidade tende a ser realizado sem seu sustento formal, isto é, alegando uma relação proporcional sem que lhe sejam justificadas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, assemelhando-se à Razoabilidade.

A utilização da Razoabilidade como conceito inserido na Proporcionalidade – ora como adequação, ora como proporcionalidade em sentido estrito –, ocasiona, na Inglaterra questionamento acerca da sobrevivência do primeiro princípio: há ainda uma função para a Razoabilidade.

A tendência de não se examinar estruturalmente a Proporcionalidade demonstra o seu emprego como fundamento de discricionariedade (ainda que limitada)

de atos do Poder Público ou mesmo como fundamento de liberdade (também limitada) de atos da autonomia privada; de outro modo, este emprego também justifica uma revisão igualmente discricionária destes atos.

A análise destes elementos, no entanto, é indispensável à configuração de uma motivação lógica e efetivamente fundamentada, desviando-se, portanto, da mera discricionariedade na fixação da relação meio/fim própria do conceito de Proporcionalidade.

Razoabilidade e Proporcionalidade, mais uma vez evidencia-se, não possuem semelhança conceitual, embora devam ser conjuntamente consideradas para a análise de decisões judiciais ou administrativas ou mesmo de atos da iniciativa privada. A Razoabilidade incide na relação entre a medida e a pessoa que a ela será subjugada, correspondendo, portanto, numa análise de suas características pessoais e das consequências subjetivamente consideradas da medida que a ela será destinada. A Proporcionalidade, de outra sorte, incide sobre a relação entre uma medida e sua finalidade, donde advêm seus elementos estruturais que devem ser subsidiariamente examinados.

Considerados como mandamentos de otimização, os princípios jurídicos devem operar-se por meio da ponderação. A Proporcionalidade é decorrência lógica deste modo de operação, não sendo necessário, para sua validade jurídica, que seja explicitamente reconhecida em texto legal. A contextualização normativa da Proporcionalidade demonstra que a dificuldade terminológica do instituto pouco interfere sobre sua aplicação quando devidamente compreendido que o modo de operação intrínseco à Proporcionalidade reside no modo do “tudo ou nada”.

A designação da Proporcionalidade como princípio deve tender a explicitar a relevância deste instituto na interpretação e aplicação do Direito, ou mesmo, deve tender a considerar seu maior grau de abstração e generalidade. Como “princípio dos princípios”, contudo, a Proporcionalidade, não é efetivamente operada sob ponderação, portanto, não lhe cabe ser aplicada, conforme terminologia construída por Alexy, como mandamento de otimização. A aplicação da Proporcionalidade subsiste quando são subsidiariamente avaliadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enfatiza-se, o emprego da Proporcionalidade requer indispensavelmente a análise destes seus três elementos estruturais.

Uma hermenêutica atual da Proporcionalidade e da Razoabilidade deve considerar, como se tentou evi-

⁴⁴ O sistema jurídico inglês já empregava a *Proporcionalidade* muito antes do *Human Rights Act* de 1998.

denciar no presente estudo, que, não obstante tenham emprego originário nas relações verticais, incidem ambas também nas relações entre particulares. O reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos (exceto, por óbvio, aqueles que têm como destinatário exclusivo o Poder Público) deve ocorrer sem que seja necessária prescrição legal a evidenciar ou explicitar este vínculo. Por fim, cabe ainda considerar que, na hipótese de incidência da Proporcionalidade e da Razoabilidade na esfera do Direito Privado, é indispensável ter em mente que a eficácia dos direitos fundamentais e outros direitos constitucionalmente protegidos não opera de modo linear nem absoluto entre os respectivos sujeitos.

Referências

- ÁVILA, H.B. 2005. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 138 p.
- ÁVILA, H.B. 2001. A distinção entre regras e princípios e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, 1(4). Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/>. Acesso em: 15/06/2010.
- ALEXY, R. 2008. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 669 p.
- BARCELLOS, A.P. de; BARROSO, L. R. 2005. O começo da história: uma nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: L.V.A. da SILVA (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo, Malheiros, p. 272-316.
- BRASIL. 2009. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.105/RJ. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Recorrente: *Ricavel Veículos e Peças Ltda*. Recorrido: *Ricave Rio Caminhões e Veículos Ltda*. Brasília, 20 de outubro de 2009. Disponível em: www.stj.gov.br.
- DAVID, R. 2002. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, 687 p.
- DWORKIN, R. 2001. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 293 p.
- DWORKIN, R. 2002. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- EMILLIOU, N. 2002. *The Principle of Proportionality in European Law*. London, Wolters Kluwer Law & Business, 288 p.
- FRASE, R.S.; SULLIVAN, E.T. 2008. *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Action*. Oxford/New York, Oxford University Press, 284 p.
- FELDMAN, D. 1999. Proportionality and the Human Rights Act of 1998. In: C. BERNARD (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, p. 144-177.
- GUERRA FILHO, W.S. 2005. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: V.A. da SILVA (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo, Malheiros, p. 255-269.
- INGLATERRA. 2006. *High Court of Justice. Chancery Division. Ação cível. Autora: Appel Corps Ltda. Ré: Apple Computers Inc.*. Justice Mann. Londres, 08 de maio de 2006. Disponível em <http://www.hmcourts-service.gov.uk/> Acesso em: 10/06/2010.
- MAXIMILIANO, C. 2007. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. São Paulo, Forense.
- POLAROID CORPORATION E EASTMAN KODAK. [s.d.]. Suprema Corte. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/504bv.pdf>. Acesso em: 20/06/2010.
- SILVA, V.A. da. 2002. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, 1 (798):23-50.
- SOARES, G.F.S. 2000. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 197 p.
- STEINMETZ, W. 2005. Princípio da Proporcionalidade e atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: V.A. da SILVA (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo, Malheiros, p. 11-53.

Submetido: 09/04/2011

Aceito: 22/07/2011