

## O DEVER DE PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: norma, Constituição e (in)segurança jurídica<sup>1</sup>

Iaco de Castro Furtado<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objeto do presente trabalho consiste em analisar os problemas terminológicos e conceituais relativos à aplicação do chamado “princípio da proporcionalidade” no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Para melhor entendimento dos problemas práticos relativos à aplicação da proporcionalidade como um efetivo instrumento de controle de excesso legislativo, analisou-se o conceito e as características das normas de direito fundamental, bem como as diferentes concepções doutrinárias acerca da distinção entre duas espécies normativas, regras e princípios. Além disso, estudou-se o papel das Leis Fundamentais a partir do surgimento do Estado de Direito e, ato contínuo, as diferentes técnicas de controle do poder estatal criadas nos Estados Unidos, França e Alemanha a partir do século XVII, bem como os efeitos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em nosso ordenamento jurídico. Por fim, com base em algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrou-se as técnicas utilizadas pela Corte Superior quando da análise de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais comparando-as com as atuais construções doutrinárias acerca do tema.

**Palavras chave:** Estruturas Normativas. Regras. Princípios. Proporcionalidade. Segurança Jurídica.

### 1. INTRODUÇÃO

O ministro Luís Roberto Barroso, recentemente, ao proferir voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659-SP<sup>3</sup>, com repercussão geral reconhecida, e que trata da chamada descriminalização do porte de drogas para o uso pessoal, asseverou que a criminalização prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2016, não passaria no teste de proporcionalidade nas modalidades *adequação* da restrição, *necessidade* da restrição e a chamada *proporcionalidade em sentido estrito*. Concluiu desta forma sob o fundamento de que a criminalização não logra êxito em produzir resultado quantitativamente relevante no consumo, sobretudo, porque causa impacto negativo à saúde pública.

---

<sup>1</sup>Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovada com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores Yuri Restano Machado (orientador), Plínio Saraiva Melgaré e Wreimir Scliar, em 30 de junho de 2016.

<sup>2</sup>Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: iaco.furtado@gmail.com

<sup>3</sup>RE 635659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.9.2015. (RE-635659). Informativo nº 798 do Supremo Tribunal Federal. Texto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 25/06/2016

O referido voto é somente um dentre tantos outros em que o Supremo Tribunal Federal vem empregando o termo “proporcionalidade”, o qual é, certamente, um dos mais utilizados por esta Corte quando do controle de constitucionalidade de medidas legislativas. Seu sentido por vezes está associado ao “controle de excesso” de leis restritivas de direitos fundamentais, bem como pode expressar o que seria “razoável” na exigência de uma determinada norma infraconstitucional. Ou seja, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem utilizando amplamente o dito “princípio da proporcionalidade” de forma obrigatória, seja quando da declaração de inconstitucionalidade de Lei, seja na declaração de inconstitucionalidade de palavras contidas em um determinado dispositivo legal.

De fato, a proporcionalidade expressa um dever jurídico, porquanto associada à interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da proporcionalidade – seja ela uma máxima, um princípio, um postulado jurídico, ou, ainda, uma regra –, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.

Todavia, falar sobre “proporcionalidade”, não em seu sentido laico, mas sim em seu ideal técnico-jurídico, desperta uma infundável celeuma no âmbito filosófico-jurídico, sobretudo, nos países de origem romano-germânica. Esta celeuma é resultado das muitas concepções acerca do conceito de “proporcionalidade”. Isto porque, tal termo pretende sintetizar um dever que emerge do próprio Estado de Direito e da própria unidade da Constituição. Conforme parte dos diversos doutrinadores que serão abordados neste trabalho, existem princípios mais fáceis de entender do que de se conceituar, um deles, certamente é a proporcionalidade.

Diante destes fatos, tem-se aqui, pois, um estudo dedicado não à conceituação do dever proporcionalidade, mas sim na sua compreensão, necessária a demonstrar sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e à necessidade de se entender sua qualidade normativa. É a partir dos esboços de diferentes vertentes teóricas, mormente aquelas concebidas no Brasil que se passará, por fim, a uma crítica quanto às implicações nas decisões da Corte Superior.

## 2. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

### 2.1. CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS

A cultura jurídica brasileira é atrelada a um método clássico de interpretação das normas, cujo objetivo é a revelação de sua vontade. Este método clássico no qual a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor, e a sentença é a conclusão, denomina-se *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras*. Sob este prisma, poderia-se concluir que a função do juiz está adstrita a singelo silogismo de subsunção do fato à norma jurídica.

Veja-se que, sob uma ótica moderna, mormente no âmbito do Direito Constitucional, o referido método de aplicação torna-se incompatível quando da interpretação de cláusulas constitucionais, as quais possuem um conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente<sup>4</sup>. De fato, a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, nesse passo, se socorre dos elementos hermenêuticos tradicionais: gramatical, histórico, sistemático e teleológico; todavia, conforme explana BARROSO<sup>5</sup>:

“(…) em razão das particularidades das normas da Constituição, foram desenvolvidos, ao longo do tempo, princípios específicos de interpretação Constitucional. São eles normas de coordenação, dirigidas ao interprete, de modo a organizar e estruturar o seu raciocínio no processo de aplicação das normas constitucionais e princípios específicos”.

Com efeito, a metodologia clássica de interpretação, imersa em um modelo de *regras e subsunção*, entra em choque com a nova interpretação constitucional, que recorre frequentemente aos *princípios* e à *ponderação*. A partir desta nova interpretação se retoma a ideia do pós-positivismo, com a reaproximação entre direito e ética e a centralização dos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

Veja-se que, no Brasil, o marco inicial do exame acerca da distinção entre as duas espécies normativas – *regras* e *princípios* – se deu após a promulgação da Constituição de 1988. No início, tratava-se de discussão meramente *classificatória*, contexto em que, afirma SILVA<sup>7</sup>:

“(…) o que mais se fazia eram tipologias de princípios à luz do novo texto constitucional. Conquanto a configuração dessas tipologias variasse de acordo com o enfoque de cada autor, elas tinham, no entanto, um elemento característico: elas pretendiam distinguir os princípios segundo sua *importância*,

---

<sup>4</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 138.

<sup>5</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 138

<sup>6</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 140.

<sup>7</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 1. ed., p. 29.

sua *especialidade* e sua *matéria*. Havia quase sempre os princípios mais fundamentais e os princípios menos fundamentais, os princípios gerais e os princípios especiais, dentre outras contraposições”. (grifado)

Em verdade, a necessidade de se melhor compreender o conceito *norma* – conceito fundamental da Ciência do Direito<sup>8</sup> –, vem se amplificando no mundo jurídico romano-germânico, mormente a partir trabalhos desenvolvidos pelo norte-americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, oportunidade em que se passou a ser incorporada no discurso jurídico uma concepção de distinção *qualitativa* ou *estrutural* entre regras e princípios, em detrimento da concepção positivista e legalista em que as normas eram meramente classificadas como regras.

De qualquer sorte, a doutrina e a jurisprudência pátria, não raramente, vêm concebendo a distinção entre regras e princípios de forma acrítica, o que revela certa insegurança no tocante ao método de aplicação das duas espécies normativas, principalmente no âmbito do Direito Constitucional. Destas concepções, aponta SILVA<sup>9</sup>, destacam-se: **a)** as regras descrevem o suporte fático e as consequências jurídicas de forma fechada, definida e detalhada; os princípios o fazem de forma aberta e indeterminada; **b)** as regras fornecem razões peremptórias e definidas; os princípios representam apenas razões *prima facie*; **c)** as regras entram em conflito numa dimensão de validade e são aplicadas à maneira do tudo ou nada; os princípios colidem numa dimensão de peso e devem ser ponderados etc.

Dito isto, antes mesmo que se possa tratar acerca das características históricas e estruturais da proporcionalidade, bem como sua importância no âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, é mister se traga à baila as diferentes concepções doutrinárias relativas à distinção entre as duas espécies normativas, as quais se dividem entre três teses: **a)** a tese da distinção forte ou qualitativa<sup>10</sup>: na qual as normas são concebidas como regras ou como princípios; **b)** a tese da conformidade: onde não existem diferenças entre regras e princípios; **c)** a tese da distinção débil<sup>11</sup>: onde se adota uma distinção meramente gradual<sup>12</sup>.

<sup>8</sup>ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 52.

<sup>9</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 1. ed., p. 38.

<sup>10</sup>VALE refere a obra de Atienza e Ruiz Manero: *Las piezas del derecho*: teoría de los enunciados jurídicos, 2 ed., Barcelona: Ariel, 2004. VALE, André Rufino do: **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

<sup>11</sup>Dentre os quais, conforme enumera VALE, destacam-se Cumanducci, Guastini, Gianformaggio, Bayón, Figueroa. VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

<sup>12</sup>VALE, André Rufino do: **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo: Saraiva, 2009, p.39.

Assim, trata-se de tema deveras recente, e não se resume ao debate no âmbito filosófico-jurídico, porquanto se revela de extrema importância devido ao seu caráter fundamental na teoria da interpretação constitucional. É a partir da identificação das diversas propriedades normativas possível entender quais características estruturais das normas desencadeiam o processo mais elaborado dos chamados *hard cases*<sup>13</sup>.

## 2.2. NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Inicialmente, diz-se que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma. Isto é dizer que onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro<sup>14</sup>. Nesse passo, uma determinada *norma* jurídica não pode ser confundida com o seu texto; o *texto* é algo que se interpreta – a *norma* é o produto da interpretação<sup>15</sup>.

Sob esta ótica, aponta ÁVILA que a função da Ciência do Direito não está adstrita a simples descrição de significados, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela intenção do seu autor<sup>16</sup>.

Esta distinção inicial diz respeito à Teoria Geral do Direito e é também válida no âmbito do Direito Constitucional. Isto porque, de um único dispositivo da Lei Maior, é possível extrair várias normas implícitas. Por exemplo, conforme aponta SARMENTO<sup>17</sup>:

“A clausula que prevê, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), (...) extraem-se diversas normas, como as que consagram o direito ao mínimo existencial e ao livre desenvolvimento da personalidade, e o princípio da proibição de instrumentalização do indivíduo”. (grifado)

Com efeito, uma norma jurídica não se confunde com o seu texto. O *texto* é algo que se interpreta; a *norma* é o produto da interpretação, que além do texto, deve considerar toda a gama de outros elementos, dentre os quais o âmbito da realidade social sobre o qual a norma incide<sup>18</sup>, sendo esta a mesma compreensão em se tratando de normas constitucionais.

<sup>13</sup>VALE, André Rufino: **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo: Saraiva, 2009, p.37.

<sup>14</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros Editores, 15 ed., 2014, p.51.

<sup>15</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed, 2014, p.362.

<sup>16</sup>Neste sentido, refere o autor que “dispositivos se constituem objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. Não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros Editores, 15. ed., 2014, p.51

<sup>17</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed, 2014, p. 362

<sup>18</sup>SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.362.

Diga-se que normas constitucionais são normas jurídicas, desta forma, são dotadas de todos os atributos que lhe são característicos. O conceito de *norma constitucional*, ou, ainda, *norma fundamental* origina-se da doutrina de Kelsen, e, desde então, lhe são atribuídos os mais diversos sentidos e funções<sup>19</sup>. Por ostentarem posição constitucional, destaca SARMENTO<sup>20</sup>, as normas fundamentais possuem características que lhe são peculiares, ao passo que possuem *superioridade hierárquica* em relação às normas infraconstitucionais – que decorre da rigidez da Constituição, impedindo a alteração da Lei maior por legislação infraconstitucional –, bem como possuem *elevado grau de abstração* em relação aos textos que as consagram<sup>21</sup> – o que se percebe pela reduzida densidade semântica.

Tais características estão associadas a uma conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo jurídico romano-germânico<sup>22</sup>. No Brasil, diz respeito a uma reconstrução do direito constitucional marcada pela redemocratização, tardiamente consagrada com a promulgação da Constituição de 1988.

Veja-se que este processo de reconstrução da forma de pensar e praticar o Direito Constitucional pode ser definido a partir de três marcos fundamentais: *a) histórico*, oriundo do constitucionalismo pós-guerra na Europa continental e, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988; *b) filosófico*, com a reaproximação entre o Direito e a Ética promovida pelo pós-positivismo; e *c) teórico*, que envolve três conjuntos de mudanças de paradigma – o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional<sup>23</sup>.

Pertinente expor que, este marco teórico surge, no Brasil, a partir de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade, voltada a tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Tal doutrina valeu-se da metodologia *positivista*, na qual o direito constitucional é *norma*; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de

---

<sup>19</sup>FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra. **Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores, 1. ed., 2003, p. 273.

<sup>20</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p. 363.

<sup>21</sup>Citando HART e CARRIÓ, o autor afirma que a textura aberta é característica de toda a linguagem jurídica, todavia, este grau de generalidade fica mais evidente, manifestando-se com maior frequência e intensidade do que em outros ramos do direito. SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p. 363.

<sup>22</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p.28

<sup>23</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 30

determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido<sup>24</sup>. Todavia, nas décadas seguintes, tornou-se necessária a convivência desta concepção com novas formulações doutrinárias de base pós-positivista, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial.

### 2.3. REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme bem alerta BARROS, a distinção entre regras e princípios “é fundamental para o esclarecimento de alguns pontos delicados que envolvem a aplicação da cãnone da proporcionalidade”<sup>25</sup> Assim, e como já foi dito, o capítulo que segue não presta a esgotar as concepções doutrinárias acerca dos conceitos de regras e princípios, em verdade, se passará a esboçar os fundamentos construídos pela tese da *distinção forte* ou *qualificada*, sobre tudo, no que concerne aos trabalhos já mencionados de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

#### 2.3.1. Ronald Dworkin e o ataque ao positivismo jurídico.

O trabalho desenvolvido pelo jurista norte americano, *The model of rules*, publicado em 1967, posteriormente incluído na obra *Taking Rights Seriously*, foi o marco da discussão acerca da normatização dos princípios no mundo jurídico. A proposta de DWORKIN foi lançar um “ataque geral ao positivismo”, cujo alvo era a ótica positivista estampada no pensamento de Herbet Hart<sup>26</sup>.

Importante destacar que, para melhor ilustrar o conjunto de problemas na concepção positivista liberal de Hart, DWORKIN elenca em sua obra uma estrutura básica da filosofia positivista<sup>27</sup> fundada em três dogmas, os quais seriam incompatíveis com o modelo desenhado de princípios. Estes dogmas são, conforme aponta LEIVAS<sup>28</sup>, **a)** a existência de uma regra de conhecimento; **b)** a discricionariedade judicial: que é inconcebível no sistema de regras de Hart, haja vista que a decisão do juiz estaria adstrita ao que dispõe a regra; e **c)** a inexistência de obrigações jurídicas nos *hard cases*.

<sup>24</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 29

<sup>25</sup>BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.86

<sup>26</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002. p. 35

<sup>27</sup>Segundo o autor, “embora nem todo o filósofo que é denominado positivista as subscreva da maneira que eu as apresento” o autor utiliza-se destas chamadas “preposições centrais e organizadoras” do positivismo como sendo as mais evidentes, sendo estas preposições as formadoras da estrutura atacada pelo autor. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002, p. 27

<sup>28</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.30-32

Com efeito, na tese elaborada por Hart, e explicada por DWORKIN, princípios não poderiam ser reconhecidos por meio de um critério formal utilizado para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (*test of pedigree*)<sup>29</sup>. Isto é, não poderiam ser identificados em um determinado sistema jurídico por sua origem fática<sup>30</sup>, como ocorre com as regras. Assim define DWORKIN a construção de regras de Herbert Hart, a qual é dividida em regras primárias e secundárias:

“As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras de direito penal que nos impedem de roubar, assassinar ou dirigir em velocidade excessiva são bons exemplos de regras primárias. As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas. As regras que determinam como o Congresso é composto e como ele promulga leis são exemplos de regras secundárias”<sup>31</sup>.

Veja-se que, na teoria positivista de Herbert Hart, o direito era tratado como um sistema formulado unicamente por regras, o que, no entender de DWORKIN, tornava incompreensível o processo de argumentação desenvolvido nos *hard cases*, nos quais operam normalmente outros tipos de padrões jurídicos distintos das regras – como os princípios e as diretrizes políticas<sup>32</sup>. Destarte, o modelo de regras positivista deveria ser substituído por um modelo compreensivo de princípios e outros padrões jurídicos.

Nota-se que DWORKIN estabelece uma distinção entre regras e princípios de natureza qualitativa ou lógica, como base na orientação diferenciada que cada tipo de norma fornece para as decisões jurídicas. Neste sentido, afirma o autor que:

“Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que ofereceram. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada (*all-or-nothing*). Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”<sup>33</sup>. (grifo do original)

Na concepção de DWORKIN, um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Pelo contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas, ainda assim, necessita uma decisão particular. Diga-se, podem haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção, haja vista o fato de um homem receber ou

<sup>29</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002, p. 28

<sup>30</sup>VALE, André Rufino do, **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 62.

<sup>31</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002, p.31.

<sup>32</sup>VALE, André Rufino do, **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 62.

<sup>33</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002, p.39.



vir a receber alguma coisa como consequência da prática de um ato ilícito<sup>34</sup>. Deste mesmo raciocínio, extrai-se outra importante diferença entre regras e princípios – a existência de uma dimensão estranha às regras – a dimensão de peso ou importância. Isto é, aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um dos princípios em apreço<sup>35</sup>.

Conclui-se que, para DWORKIN, princípio, em seu sentido amplo, é todo conjunto de estândares que não são regras. Ademais, aponta o jurista norte americano que haveriam dois tipos de princípios: *a*) princípio em sentido estrito: um estândar que tem de ser observado, na medida em que seria uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade – e não porque favoreça ou assegure uma realização econômica, política ou social que se considere desejável; e *b*) uma determinação de objetivo estatal: um estândar que propõe um objetivo que tem de ser alcançado; geralmente, uma melhora em algum nível econômico, político ou social da comunidade<sup>36</sup>.

Não obstante as diferenças estruturais apresentadas entre as duas espécies normativas, trouxe DWORKIN as diferenças do método de aplicação das regras e dos princípios. As *regras* são aplicáveis à maneira de disjuntivas: ou bem a regra é válida e, por conseguinte, deve ser aceita a consequência jurídica que ela exige, ou bem não é válida, situação que não contribui em nada para uma determinada decisão<sup>37</sup>, em outras palavras, regras são aplicáveis ao modo tudo-ou-nada. Exemplo utilizado pelo autor diz respeito à validade de um testamento que exige três assinaturas: nenhum testamento será válido com apenas duas assinaturas.

De qualquer sorte, uma regra poderá ter exceções, as quais devem estar pontualmente descritas, sob pena de torná-la inexata e incompleta. Em teoria, poder-se-ia fazer uma lista de todas as exceções, e, quantas mais haja, mais completo será o seu enunciado.<sup>38</sup> Dessarte, conforme aponta VALE, o modelo de aplicação disjuntiva ou de tudo-ou-nada das regras está vinculado ao imperativo de enumerado exaustiva das exceções, neste contexto, para DWORKIN, regra consiste num “setor jurídico axiomatizado”<sup>39</sup>.

Os princípios, por outro lado, operam de forma diversa das regras. De seus enunciados não é possível estabelecer automaticamente as consequências jurídicas quando são satisfeitas

<sup>34</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002, p. 41.

<sup>35</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 2002, p. 42.

<sup>36</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 32-33.

<sup>37</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

<sup>38</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34-35.

<sup>39</sup>VALE, André Rufino do, **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo, Saraiva, 2009, p.64.

as condições previstas na norma. Princípios têm uma dimensão que falta em outras normas: a dimensão de peso ou importância.

Neste sentido, assim elucida LEIVAS<sup>40</sup> no sentido de que:

“Se se dá um conflito entre regras, uma delas não pode ser válida. Porém, quem quer resolver a colisão de princípios tem de ter em conta o *peso relativo a cada um*. Nisso, não pode haver, por certo, uma mediação exata, e o juízo a respeito de qual princípio é o mais importante será, com frequência, motivo de controvérsia”. (grifado)

Desse modo, os princípios orientam uma decisão em um sentido, ainda que não de forma concludente, e sobrevivem intactos ainda quando não prevaleçam.

### 2.3.2. Robert Alexy e a Teoria dos Direitos Fundamentais

ALEXY, partindo das considerações de DWORKIN, precisou ainda mais o conceito de princípios, afirmando que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies normativas. Neste sentido, refere o autor alemão que:

“Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que *deve ser*. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição<sup>41</sup>”. (grifado)

Assim, os princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.

São diversos os critérios de diferenciação entre regras e princípios. Para ALEXY, o critério mais utilizado para esta diferenciação é baseado na *generalidade*, no qual princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, conquanto as regras possuam grau de generalidade relativamente baixo<sup>42</sup>. A partir deste critério – assim como outros relativos à “determinabilidade dos casos de aplicação”<sup>43</sup>; forma de surgimento; caráter explícito de seu conteúdo axiológico; e a referência à ideia de direito –, afirma o jurista alemão, e como já referido no título anterior, são possíveis três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios: a que não reconhece qualquer distinção; a que reconhece uma distinção de grau; e a que concerne a uma distinção *qualitativa*<sup>44</sup>.

<sup>40</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.37

<sup>41</sup>ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 87

<sup>42</sup>ALEXY: segundo o autor, este seria o critério mais utilizado, citando os autores Joseph Raz, George C. Christie. Graham Hughes e August Simonius.

<sup>43</sup>Aponta ALEXY como autores Joser Esser, Karl Larenz. Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 87

<sup>44</sup>ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p.87

A tese trazida pelo jurista alemão diz respeito a uma diferenciação *qualitativa*, na qual se reconhecem os critérios mencionados, todavia, não tomando-os como decisivos. Com efeito, afirma ALEXY que os *princípios* são *mandamentos de otimização*, ou seja, *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>45</sup>, ao passo que as regras são *normas* que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível – são as regras *razões definitivas*<sup>46</sup>.

Assim, para ALEXY, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Nesse sentido, toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Tem-se, portanto, a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas. Isto é, *normativas*, porque a aplicação dos princípios e regras que a eles se contrapõem; *fáticas*, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Veja-se que, com as regras, ocorre algo muito diferente, ao passo que podem ou não ser realizadas. Isto é, quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige. As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.

A distinção de regras e princípios, segundo ALEXY, pode ser baseada no modo tudo-ou-nada de aplicação proposto por DWORKIN, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a *declaração de invalidade* de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, 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<sup>47</sup>.

Neste capítulo abordou-se a distinção entre regras e princípios à luz das concepções doutrinárias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Tais considerações se fazem necessárias a fim de se compreender o processo evolutivo de aplicação das duas espécies normativas,

---

<sup>45</sup>ALEXY Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p.90

<sup>46</sup>ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 91

<sup>47</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros Editores, 15. ed., 2014, p.58-59

importantíssimo a inferência do sentido técnico-jurídico à proporcionalidade. A seguir se passará a uma digressão histórica a fim de que se compreenda o papel das Leis Fundamentais no Estado de Direito, essencial ao estudo do dever de proporcionalidade no controle de excesso do arbítrio estatal.

### 3. A PROPORCIONALIDADE NAS LEIS FUNDAMENTAIS

#### 3.1. AS LEIS FUNDAMENTAIS NO TEMPO

*Constituição* é um fenômeno tão antigo quanto o próprio Estado, isto porque àquela vincula-se à forma de organização do Estado. Daí se dizer que onde há Estado, há Constituição<sup>48</sup>.

Todavia, a concepção de constituição como documento formal e escrito a regular a organização do Estado é fenômeno associado aos ideais revolucionários que se difundiram nos séculos XVII e XVIII. Neste ínterim, conforme bem refere VERONESE “a Constituição foi, como técnica, redescoberta ou recuperada nos Estados Unidos da América, depois adotada na Revolução Francesa, e daí se espalhou para o mundo todo”<sup>49</sup>. Este novo ideal de constituição, aponta o referido autor, “surge para limitar o poder estatal que, por vezes despótico e arbitrário, produzia - e ainda produz – injustiças irremediáveis”<sup>50</sup>. Construiu-se a partir desta nova técnica de controle do poder do Estado um meio inteligente de autocontenção. As constituições, neste sentido, são uma criação da época moderna - um movimento constitucionalista desse momento moderno.

Na lição de SARMENTO, *constitucionalismo* pode ser entendido como sendo um movimento político que propugna pelo estabelecimento de uma constituição que limite e organize o exercício do poder político<sup>51</sup>.

O primeiro constitucionalismo foi liberal. Foi fruto do inconformismo com o Estado absolutista à luz dos ideais burgueses. O papel da constituição, sob esta ótica liberalista, não estava adstrito à organização do Estado como assim foi outrora, mas voltada também à limitação do exercício do poder político e a conseguinte contenção do arbítrio dos governantes<sup>52</sup>. Eis o Estado liberal, ao menos em seu sentido mais radical – um Estado

---

<sup>48</sup>VERONESE, Osmar. *Constituição Reformar para que(m)?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.21

<sup>49</sup>VERONESE, Osmar. *Constituição Reformar para que(m)?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.22

<sup>50</sup>VERONESE, Osmar. *Constituição Reformar para que(m)?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.22

<sup>51</sup>SARMENTO, Daniel, *Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho*, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p. 184

<sup>52</sup>SARMENTO, Daniel, *Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho*, Belo horizonte: Fórum, dois. Ed., 2014, p.184

constitucional moderado – fulcrado às normas *instituidoras de direitos individuais e organizadoras do Estado* de acordo com o princípio da separação de poderes<sup>53</sup>.

A teoria constitucional que passou a reafirmar esse conteúdo material binário das constituições foi a *teoria idealista*, identificada pela formulação de um conceito ideal que correspondesse ao modelo *liberal* de Estado<sup>54</sup>. Deste modelo, os textos das constituições que não compreendessem direitos individuais e organizacionais do Estado não poderiam tratar de matéria constitucional. Exemplo desta influência idealista foi a redação dada ao artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento produzido no contexto da Revolução Francesa: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”<sup>55</sup>.

Diga-se que, no Brasil, a relevância prática deste conceito idealista esteve presente na Constituição de 1824. Nesta, as matérias relativas à estruturação e limitação do poder e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos só poderiam ser alteradas por critérios rigorosos, conforme previsto no artigo 178 daquele diploma<sup>56</sup>, já outras matérias da Constituição poderiam ser alteradas de acordo com o procedimento legislativo ordinário. Conforme análise de SARMENTO, esta Constituição adotava o conceito ideal para distinguir as normas materialmente constitucionais dos mais preceitos integrantes do texto constitucional, conferindo apenas àquelas o tributo da rigidez<sup>57</sup>.

Já no século XIX a teoria idealista passou a ser alvo de feroz crítica. Evidente que o modelo de Estado assegurado pelas constituições liberais não correspondia à realidade concreta, porquanto a liberdade e igualdade consagradas por seus textos padeciam de mero formalismo, e claramente destoavam da realidade social desigual e marcada pela arbitragem.

A partir do século XX, as constituições escritas passaram a se afastar desta dicotomia inerente a teoria idealista, passando a incorporar a seus textos matérias de cunho econômico, cultural, familiar, dentre outros que não de conteúdo material. Marco desta transformação estrutural foi a Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) que, em que pese ter

---

<sup>53</sup>Na lição de BONAVIDES, consubstanciava-se numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos. BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 38

<sup>54</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.185

<sup>55</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.185

<sup>56</sup>Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias. Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824, documento disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm), acesso em 29/05/2016.

<sup>57</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.185

sido um dos documentos constitucionais mais influentes da história<sup>58</sup>, foi desvirtuada pela ideologia r tica do nacional-socialismo, com a conseguinte ditadura do *Führer*<sup>59</sup>. Em seu texto haviam diversas outras matérias além daquelas relativas   estrutura do Estado e a direitos individuais, dentre as quais dispunha a constitui o temas como organiza o econ mica; direito da propriedade; direitos previdenciários; matéria trabalhista; etc.

Fruto desta nova abrangência do texto constitucional, que dispunha acerca de matéria estranha ao constitucionalismo liberal, surgiu a necessidade de se definir a constitui o além do conteúdo de suas normas. T nica desta nova concep o e, diga-se, o principal expoente do positivismo jurídico, foi Hans Kelsen, a partir da formula o da *Teoria Pura do Direito*. No entender do jurista austríaco, explica SARMENTO, o fundamento de validade de todo um ordenamento jurídico esta vinculado   Lei maior, haja vista a supremacia formal da Constitui o; por estar ela no ápice do ordenamento jurídico<sup>60</sup>, da  a proposta de um ordenamento jurídico em formato piramidal, onde a constitui o encontra-se no topo.

Talvez uma das características mais marcantes da filosofia positivista de Kelsen   o fato de que a tarefa da teoria constitucional estaria adstrita a descrever com objetividade a Constitui o, e não prescrever para ela um conteúdo determinado como assim entendia a teoria idealista do constitucionalismo liberal. Para o positivismo, não seria jurídica a defini o do conteúdo ideal das normas jurídicas: o Direito deve se ocupar das normas como são, e não de como elas deveriam ser. Isto valeria t mbe m para a Constitui o.

De qualquer sorte, diga-se que a concep o positivista que passou gradativamente a influenciar o Direito a partir do século XIX, não olvidava o fato de que as constitui es deveriam ter um determinado conteúdo. A expressão “Constitui o material”, neste contexto,   utilizada para designar as normas que regulam a produ o de outras normas. Por outro lado, “Constitui o formal”   documento escrito, que pode conter, não obstante normas da constitui o material (relativa a competências e procedimentos), t mbe m normas atinentes a outros assuntos. Prudente a observa o de SARMENTO<sup>61</sup>, no sentido de que, sob esta  tica, uma constitui o material pode estabelecer uma democracia, mas t mbe m uma ditadura, e não deixar  de ser definida como Constitui o por adotar essa última orienta o.

---

<sup>58</sup>BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 411; SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.186.

<sup>59</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 43.

<sup>60</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.187.

<sup>61</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo Horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p.188

Diga-se, foi a partir desta ótica positivista consagrada por Kelsen que se consolidou uma distinção de grau entre regras e princípios, no sentido de que um determinado ordenamento jurídico é formado por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção<sup>62</sup>.

Este conceito formal-normativo da constituição é, certamente, um dos conceitos predominantes do século XX, haja vista a significativa contribuição de seus elementos formais na formulação do conceito de Constituição.

Em detrimento desta concepção dominante, a partir da tentativa de reaproximação entre o Direito e a Moral, nasce o pós-positivismo. Neste, a partir de uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, o papel do interprete não se esgota na lógica formal como ocorria na ótica positivista. Evidente que esta vertente teórico-filosófica não se socorre a valores metafísicos ou religiosos a fim de se legitimar a justiça, mas sim do efetivo caráter normativo dos princípios jurídicos e seu conteúdo aberto e dependente da realidade subjacente<sup>63</sup>.

Esta nova forma de interpretação e aplicação do Direito consagrou uma inovadora compreensão da ordem jurídica constitucional, bem como trouxe um novo significado ao papel do Poder Judiciário. Nas palavras de SARMENTO:

“O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas, que vem sendo designado por diversos autores como *neoconstitucionalismo*. O neoconstitucionalismo envolve arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente. Ele está associado a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica (...)”<sup>64</sup>

O pós-positivismo, não obstante ter reconhecido a normatividade dos princípios jurídicos e a centralização dos direitos fundamentais a partir da constitucionalização do Direito, abriu espaço a métodos e estilos mais abertos de raciocínio jurídico (ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.), bem como reafirmou a função do controle dos poderes Legislativo e Executivo por parte do Judiciário.

---

<sup>62</sup>No patamar mais inferior, com maior grau de concreção, estariam aquelas normas ditas individuais, como a **sentença**, que incidem sobre situação jurídica determinada, à qual se reporta a decisão judicial. O grau de abstração vai, então, crescendo até o ponto em que não se têm mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se podem distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração. A ambiência natural dos princípios jurídicos, como é fácil deduzir, será o texto constitucional. FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra. **Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, São Paulo: Malheiros Editores, 1. ed., 2003, p.269.

<sup>63</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p. 201.

<sup>64</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p. 201.

Estas características acompanham a redescoberta do sentido atribuído às Leis Fundamentais a partir do segundo pós-guerra. Isto é, as Leis Fundamentais deixaram de ser meras proclamações Legislativas, incorporando aos seus textos matérias que não eram tratadas em âmbito constitucional. Nesse contexto, aponta SARMENTO “cresceu muito a importância do Poder Judiciário, haja vista que questões polêmicas e relevantes da sociedade passaram a ser decididas pelos magistrados, e sobretudo por Cortes Constitucionais”<sup>65</sup>.

Evidente que o papel do Poder Judiciário no controle de excesso dos poderes Legislativo e Executivo emerge da própria concepção de Estado de Direito. Todavia, este “papel” de controle de arbítrio foi, ao longo dos séculos, ganhando nova roupagem, bem como foi, em diversos países, estudado e compreendido, porquanto cristalina sua necessidade, porém, por vezes, obscura sua conceituação e método de aplicação.

Assim, passa-se a ilustrar as formas de controle do arbítrio estatal a partir dos ideais revolucionários dos séculos XVII e XVIII, e a construção do dever de proporcionalidade.

### 3.2. A PROPORCIONALIDADE COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A proporcionalidade como um princípio jurídico deriva do Estado de Direito que se constituiu a partir das revoluções burguesas na América do norte do período pré-revolucionário, e na Europa continental lastreada pelas ideias iluministas. Isto se deu em razão do seu papel como efetivo instrumento de controle do excesso de poder e do arbítrio estatal. É, sobretudo, uma consequência do pensamento jusnaturalista da época, no sentido de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar que tais direitos fossem respeitados<sup>66</sup>.

Esta vertente de pensamento, antagônico à estrutura monárquica e absoluta do direito construída a partir da máxima *the king can do no wrong*, foi, ao longo dos séculos, redescoberta. Sua aplicação clássica e tradicional esteve relacionada ao âmbito do Direito Administrativo<sup>67</sup>, associada a uma evolução do princípio da legalidade<sup>68</sup>, e a uma sociedade cuja característica principal era a expansão nos setores da cultura e do comércio. Isto é, evidentemente associadas a ideais de liberdade da burguesia.

Todavia, a migração do princípio da proporcionalidade para o Direito Constitucional, concretizou-se após a ascensão da concepção do segundo Estado de Direito do período pós-

---

<sup>65</sup>SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2. ed., 2014, p. 201.

<sup>66</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 33-34.

<sup>67</sup>BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 411.

<sup>68</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 35.



segunda guerra. Ou seja, a proporcionalidade como princípio constitucional deriva de uma concepção do Estado de Direito atrelada ao princípio da *constitucionalidade*; em detrimento da concepção em declínio do primeiro Estado de Direito – vinculado doutrinariamente ao princípio da *legalidade*, com apogeu, como já ilustrado, no direito positivo da Constituição alemã de 1919<sup>69</sup>.

Não obstante, o princípio da proporcionalidade transverteu-se em princípio geral de direito, vertente de uma crescente expansão e incremento do controle de constitucionalidade. Neste sentido, feliz observação de BONAVIDES, velendo-se da conclusão de M. Cappelletti:

“(...) o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade. A revolução Constitucional que deu origem ao Segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de “declarações político-filosóficas, se tornaram “atos de legislação vinculantes”, conforme demonstra um notável constitucionalista espanhol – atos, portanto, plenos de jurisdição”<sup>70</sup>.

Neste mesmo sentido, conforme alude FILHO, a proporcionalidade é uma exigência inafastável da própria opção política de nosso legislador constituinte, a de instituir “Estado Democrático de Direito”<sup>71</sup>.

Com efeito, a utilização da proporcionalidade como um princípio jurídico tornou-se manifesta ferramenta para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse à presteza do novo axioma constitucional<sup>72</sup>. Ao contrário da concepção positivista e legalista do primeiro Estado de Direito, onde o papel do judiciário era garantir a hegemonia legislativa, houve a ascendência do juiz sobre o legislador a partir do período pós segunda-guerra, sem, contudo, ferir o princípio da separação dos poderes.

A proporcionalidade, portanto, consagrada como um princípio constitucional, não escrito, cuja observância independe de explicação em texto constitucional, pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito<sup>73</sup>. Com efeito, BONAVIDES, citando Peter Witting, afirma que:

“(...) não constitui tal princípio um direito a liberdade, mas um direito que protege a liberdade; **uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito.** Assim o asseveram, sem tergiversar, aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como

<sup>69</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 411.

<sup>70</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 412.

<sup>71</sup>FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra. *Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros Editores, 1. ed., 2003, p. 270.

<sup>72</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 412.

<sup>73</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 414.

jurisprudencial ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de Direito Constitucional”<sup>74</sup>. (grifado)

Há, evidentemente, um grande dilema na interpretação constitucional quando o interprete se vê diante do conflito entre princípios, aos quais se deve igual obediência, porque ocupam mesma posição na hierarquia normativa. Por tal razão a proporcionalidade desempenha papel de fundamental importância, ao passo que busca uma “solução de compromisso”<sup>75</sup> na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, sem, contudo, ferir o núcleo essencial dos demais princípios conflitantes.

Do exposto, resta evidente a importância do princípio da proporcionalidade como mecanismo fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito.

A partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial, sobretudo na Europa continental, tornou-se clássica a concepção do “princípio da proporcionalidade” a partir de três elementos ou subprincípios, a saber: *a)* pertinência ou aptidão – no qual se examina a *adequação, a conformidade ou a validade do fim*<sup>76</sup>. *b)* *necessidade* – a qual, alerta BONAVIDES, também não raramente identificada pela doutrina com a proporcionalidade propriamente dita<sup>77</sup>; e *c)* a proporcionalidade *stricto sensu* – em que a escolha recai sobre o meio que, no caso específico, levam em conta o conjunto de interesses em jogo<sup>78</sup>.

Ressalta-se que esta é a estrutura que vem sendo amplamente utilizada para aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. Renova-se, construída principalmente a partir da jurisprudência e doutrina alemãs. Todavia, impõe-se uma contextualização histórica da utilização da proporcionalidade, ou melhor, de um juízo de proporcionalidade a partir da construção do primeiro Estado de Direito nos Estados Unidos, França e Alemanha.

### 3.3. A PROPORCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES

Valendo-se das palavras de Xavier Philippe, alerta BONAVIDES que certamente “há princípios mais fáceis de compreender do que definir: a proporcionalidade entra na categoria destes princípios”<sup>79</sup>.

<sup>74</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 414.

<sup>75</sup>FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra. *Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros Editores, 1. ed., 2003, p. 269.

<sup>76</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.409-410.

<sup>77</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 410.

<sup>78</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 410.

<sup>79</sup>BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 415.

Para que se possa moldar esta compreensão, importante referir que a gênese do princípio da proporcionalidade está vinculada à ideia de limitação do poder estatal. Isto é, o controle de proporcionalidade emerge de uma necessidade de controle do arbítrio das instituições do Estado. Com efeito, o princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, associa-se a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito<sup>80</sup>.

Assim, passa-se a análise de direito comparado dos Estados que foram palco de sensíveis transformações políticas revolucionárias, a fim de que se efetivamente compreenda o princípio da proporcionalidade e seu papel essencial como instrumento de controle do excesso de poder.

### **3.3.1. Controle de proporcionalidade e o *due process of law***

Como já dito, o texto constitucional idealizado como um mecanismo de controle do Estado remonta ao período pré-revolucionário do século XVII, mormente nos Estados Unidos da América.

A forma como se desenvolveram as instituições do sistema federal-republicano dos Estados Unidos permitiu a sua sociedade buscar uma maior efetividade de controle dos atos estatais. Veja-se que, neste período pré-revolucionário, desenvolveu-se uma desconfiança em relação ao parlamento. Esta desconfiança baseava-se nas experiências dos colonos que tiveram seus direitos postergados inúmeras vezes pela prepotência das assembleias e dos governantes nomeados pela Coroa, sobretudo, no que diz respeito ao direito de propriedade. Ainda que, neste período colonial, o Parlamento inglês, pouca influência tivesse na América, haja vista que as colônias americanas nada mais eram do que simples patrimônio do rei<sup>81</sup>.

As leis impostas aos colonos pela Coroa Inglesa, não eram passíveis de controle por um órgão jurisdicional no continente americano. Em verdade, foi somente na segunda metade do século XVII, que foi reconhecido às cortes coloniais o direito de apelar para o *Privy Council*, localizada na metrópole. Neste período as colônias americanas possuíam cartas estatutárias, cujo conteúdo era dedicado a regular a sua estrutura jurídica, muitas vezes, sob a forma de companhias comerciais. Assim, as leis, usos e costumes impostos pela Coroa inglesa poderiam ser declarados inválidos pela *Privy Council* nos casos em que as leis impostas pela Coroa contrariassem as cartas coloniais.

---

<sup>80</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 33.

<sup>81</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 55

Cumpra a observação de M. Cappelletti, citada por BARROS, quanto à característica destas cartas estatutárias, no sentido de que:

“estas constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem **razoáveis** e, como quer que seja, **não contrárias às leis do Reino da Inglaterra**”<sup>82</sup>. (grifo do original)

Tem-se, pois, neste contexto, um processo embrionário de controle judicial ordinário, o que traria definitiva influência na adoção de um verdadeiro controle jurisdicional sobre os atos do parlamento<sup>83</sup>.

Não obstante, importante o apontamento de BARROS, valendo-se da lição de Orlando Bitar, no sentido de que o sistema de controle judicial, consagrado pela constituição dos Estados Unidos emergiu do próprio federalismo, isto é, a partir de um processo espontâneo de crescimento; a natureza federal do Estado americano determinou o controle de constitucionalidade pelo judiciário, ao contrário do que ocorreu na Inglaterra, na medida em que atrelada à natureza unitária do Estado<sup>84</sup>.

O controle de constitucionalidade das leis por parte do judiciário tomou sua forma técnica definitiva depois de consagrada a Supremacia da Constituição pela Corte Constitucional dos Estados Unidos em 1803<sup>85</sup>, fato que tornou a Constituição norte-americana de 1787, paradigma de um constitucionalismo moderno, afirmando como preceitos de direito constitucional os direitos naturais, bem como oferecendo-lhes a garantia concreta de tutela por intermédio do controle judicial dos atos da legislatura.

Este meio técnico de controle de constitucionalidade das leis, consagrado pelas emendas quinta e décima quarta da Constituição estadunidense, associado ao *due process of law*, diz respeito a uma maior liberdade dos juízes no processo de criação do direito por intermédio da prática jurisdicional. E é a partir do *due process of law* que a Corte estadunidense vem utilizando um juízo de razoabilidade em face do arbítrio do legislador, a tratar de garantia de ordem processual aos direitos tidos como fundamentais – ou ainda, a uma exigência de legalidade<sup>86</sup>.

<sup>82</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 56.

<sup>83</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 56.

<sup>84</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 57.

<sup>85</sup>Tal marco se deu após a célebre decisão de *Marbury x Madison* em 1803, em que se consagrou o controle de constitucionalidade difuso exercido pelo poder judiciário, afirmando o princípio da supremacia da Constituição e o controle dos atos da legislatura. BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 57.

<sup>86</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de**

Importa destacar que a garantia do *due process of law*, por se tratar de uma garantia constitucional e, nesse passo, dotada de elevado grau de abstração, sua utilização no Direito norte americano tornou-se polêmica. Tal mandamento, considerado uma exigência frente à análise constitucional de uma determinada lei, poderia tornar-se extremamente subjetivo. Neste sentido, em importante trabalho, ressalta BARROS, Orlando Bitar aponta significativa problemática na utilização do *due process of law* vinculada a um momento da história da Suprema Corte em que tal exigência tendia ao subjetivismo<sup>87</sup>.

Neste sentido, Orlando Bitar, partindo de uma análise de diversas decisões da Suprema Corte, afirmou que a noção do *due process* deveria ser fixada por dados objetivos e rígidos a partir de *standards* predeterminados, e não, como ocorria, fixada pelas convicções subjetivas e plásticas do juiz. Aponta Bitar destes *standards* do *due process* destacar-se-iam quatro, quais sejam **a)** *rule of expediency*, relativamente à oportunidade do ato legislativo, se foram necessárias as restrições do poder de polícia; **b)** *balance of convenience*, relacionada à proporção equitativa entre o grau de intervenção da lei nos direitos particulares e a vantagem coletiva superveniente; **c)** *rule of reasonableness*, relacionada à racionalidade e a razoabilidade dos atos – a aplicação de meios razoáveis para alcançar o objetivo do ato; **d)** *rule of certainty*, segundo a qual as leis de política social devem deixar claro e certo tudo o que prescrevem ou consentem, sob as sanções certas que indicarem<sup>88</sup>.

Estas observações de Bitar dizem respeito à fase substantiva do *due process of law*, e conforme bem aponta BARROS, a crítica do autor faz referência ao “conteúdo do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, com os seus subprincípios estruturais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito”<sup>89</sup>.

Enfim, construiu-se nos Estados Unidos um modelo de controle difuso dos atos estatais a partir da inferência de um instrumento técnico de índole constitucional. A utilização deste mecanismo técnico jurídico, posteriormente identificado como um juízo de razoabilidade, por parte da Suprema Corte destacou o papel do Poder Judiciário, incumbindo a este descrever o que é a Constituição e o que é o regular processo em um caso concreto.

### 3.3.2. A proporcionalidade no sistema francês

---

**direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 58.

<sup>87</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 60

<sup>88</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 60-62

<sup>89</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 62

Diferente ao que ocorreu nos Estados Unidos, o sistema político francês não logrou êxito em implementar um controle de constitucionalidade das leis pela via jurisdicional. Em verdade, o que se estabeleceu após a queda do Estado Absolutista foi um regime de legalidade; um dogma de superioridade da lei que passou a consagrar a hegemonia do parlamento sobre o judiciário<sup>90</sup>.

Veja-se que, neste contexto, os atos de controle do arbítrio do poder público foram concretizados a partir do Conselho de Estado (*Conséil D'État*), órgão de controle que não pertencia ao judiciário, mas sim ao próprio executivo<sup>91</sup>. A este Conselho de Estado foi atribuída à competência para controle dos atos administrativos, órgão superior da jurisdição administrativa, cuja evolução demonstrou o exercício de aplicação de um juízo de proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, evitando-se a arbitrariedade.

Portanto, na França, a evolução do princípio da proporcionalidade esta associada ao campo do direito administrativo e decorre da evolução teórica do princípio da legalidade em seu sentido mais amplo – de controle sobre atos discricionários dos atos administrativos<sup>92</sup>.

De qualquer sorte, ainda que a formulação do princípio da proporcionalidade não seja explícita perante o Conselho de Estado, BARROS, citando o trabalho desenvolvido pelo jurista francês Guy Braibant, expõe que, ainda que a proporcionalidade, como um princípio não tenha sido reconhecido no sistema francês, o termo proporção é amplamente utilizado Conselho de Estado. Em verdade, o juízo administrativo tem aplicado o dito princípio da proporcionalidade sem saber que o faz ou, mais precisamente, sem dizer<sup>93</sup>.

O que se percebe é que o sistema político francês permitiu um controle de excesso do arbítrio do Estado mesmo que vinculado a uma concepção de absoluta legalidade. Pode-se perceber tal supremacia do Poder Legislativo pelo fato de que somente este estava legitimado, em número mínimo de sessenta, a interpor recursos ao Conselho Constitucional - Órgão de controle prévio de constitucionalidade -, relativamente à inconstitucionalidade de uma determinada lei, não competindo ao indivíduo tal prerrogativa mesmo diante a uma violação

---

<sup>90</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 37.

<sup>91</sup>Conforme aponta BARROS, esta contradição, no que diz respeito à criação de um órgão pertencente ao poder executivo para controle de seus próprios atos, se deu em razão da desconfiança dos franceses, no período pré-revolucionário, haja o *status* adquiridos pelos juízes com o regime anterior. BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.38

<sup>92</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.40.

<sup>93</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.40.

de seus direitos fundamentais<sup>94</sup>. Diz-se, pois, nas palavras de François Luchaire, que tal controle é exclusivamente político e bastante peculiar<sup>95</sup>.

### 3.3.3. O Princípio da Proporcionalidade na Alemanha

A construção do juízo de proporcionalidade na Alemanha se deu por forte influência da doutrina de controle dos atos administrativos que se originou na França. Em verdade, a forma como concebemos hoje o princípio constitucional da proporcionalidade surgiu do direito administrativo alemão, sobretudo no âmbito do direito de polícia<sup>96</sup>, ou seja, da relação de proporcionalidade do poder de polícia quando da limitação de direitos individuais.

De qualquer sorte, a construção do princípio da proporcionalidade como um mecanismo de controle de excessos por parte do legislador foi somente consagrada após a segunda grande guerra, notadamente por meio da jurisprudência. Como efeito, se reconhecia que “o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais<sup>97</sup>”

Neste contexto, diga-se que o marco do constitucionalismo alemão, principalmente no que diz respeito à limitação dos poderes do estado e a garantia dos direitos fundamentais, deu-se com a promulgação da Constituição de Weimar, de 1919, cujo mérito maior, foi de pôr em relevo os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais<sup>98</sup>. Todavia, ainda que este documento atendesse às inspirações dos movimentos filosóficos da época, conforme já dito, passou a representar um mero rol formalista de direitos e garantias, haja vista a implementação da ditadura do *Fuhrer*<sup>99</sup>.

Foi somente após a promulgação da Constituição de Bonn, que se passou a ter maior preocupação com efetiva aplicação e efetividade dos direitos fundamentais na sociedade alemã. Conforme bem observa MIRANDA, a nova carta política “era de se esperar depois do nacional-socialismo e da guerra, faz uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o direito natural limita o poder do Estado”<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Afirma BARROS, a partir dos estudos de Loius Favoreceu, que a própria expressão “direitos fundamentais” é recente na França, comumente referida pela designação de “liberdades públicas” BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.41.

<sup>95</sup> BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.42.

<sup>96</sup> BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.42.

<sup>97</sup> BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.43.

<sup>98</sup> BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 43.

<sup>99</sup> BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 43.

<sup>100</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 209.

Não obstante a concretização dos direitos fundamentais de caráter vinculante aos poderes do Estado na Constituição de 1949, os quais não mais necessariamente expressos, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão também assimilou em larga medida a preocupação com os direitos fundamentais “reconhecendo a necessidade prática de controlar as restrições legais a esses direitos no que se refere aos três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva”<sup>101</sup>.

Neste sentido, BARROS traz como exemplo uma decisão preferida pela Corte constitucional alemã de 19 de março 1971, a qual também citada nas obras de BONAVIDES e MENDES:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitassem ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental”<sup>102</sup>. (grifado)

Veja-se que a jurisprudência da Corte constitucional alemã, a fim de legitimar os direitos fundamentais consagrados pela constituição, concebeu um critério jurídico extraído da ordem constitucional de forma a controlar eventual excesso do legislativo, não deslegitimando, de qualquer sorte, o Poder Legislativo.

Enfim, o princípio da proporcionalidade vem sendo largamente utilizado pela Corte Constitucional alemã como efetivo mecanismo de controle da providência legislativa. Este parâmetro técnico dado pelo princípio da proporcionalidade representou uma virada científica de grande repercussão junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como é o caso de Portugal, Espanha, Itália e Áustria. Mais recentemente passou a tomar forma no direito constitucional brasileiro, por intermédio da forte influência dos constitucionalistas portugueses<sup>103</sup>. Constituiu-se no Direito Constitucional alemão a estrutura da proporcionalidade como a conhecemos hoje.

### **3.3.4. A proporcionalidade e a Constituição de 1988.**

A promulgação da Constituição de 1988 representa o início de uma efetividade da Lei Maior. As normas ali contidas conquistaram um status pleno de normas jurídicas, dotadas de

---

<sup>101</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 44.

<sup>102</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p.44.

<sup>103</sup>BARROS, Suzana de Toledo, **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999, p. 45.



imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações contemplam<sup>104</sup>. Foi sob este novo prisma que se passou a análise de todo o ordenamento jurídico nacional, dando um novo sentido às diversas áreas do ramo da direito. A efetividade da Constituição, em suma, é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional<sup>105</sup>.

Importa consignar que esta nova etapa no constitucionalismo brasileiro se deu tardiamente. É que as Constituições anteriores não eram atribuídas de efetiva força normativa. Estas Constituições eram fortemente atreladas às tradições europeias da primeira metade do século, as quais concebiam a Lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática<sup>106</sup>.

Assim, a constituição de 1988, conforme ensina BARROSO<sup>107</sup>:

“(...) passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.

Com efeito, a Constituição passou a ter caráter normativo, ou seja, sua estrutura passa a ser concebida a partir de um sistema interno de princípios e regras jurídicas. Este sistema é ordenado segundo uma escala hierárquica, e não em função dos valores das normas em si mesmas consideradas, mas sim, tendo em vista o seu grau de densidade que cada qual oferece. Quanto mais geral o seu conteúdo, tanto maior a necessidade de concretização.

Daí a possibilidade de inferência do dever de proporcionalidade – um *dever*, porque expressa caráter normativo<sup>108</sup>.

Por outro lado, a forma de como se extrai a proporcionalidade da Constituição é tema controvertido. Entende-se que, embora o princípio da proporcionalidade não esteja expresso na Carta Maior, é consagrado de forma esparsa em todo o texto constitucional. De mesma sorte, pode ser extraído de outros princípios constitucionais que lhe são afins. É neste sentido que BONAVIDES traz um rol exemplificativo de dispositivos que podem estar associados à proporcionalidade, dentre eles, inc. V, X, e XXV, do art. 5º; inc. IV, V e XXI do artigo 7º; §

<sup>104</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p.140.

<sup>105</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p.141.

<sup>106</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 139.

<sup>107</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p 148.

<sup>108</sup>SILVA, atentando ao uso do termo *dever* tão utilizado por ÁVILA é correto na medida em que expressa porquanto expressa a ideia de norma. SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p.26.

3º do art. 36; art. 37; inc. e alíneas do § 1º do art. 40; §§ 2º e 3º do art. 41; artigo 45, caput e § 1º, e art. 58; inc. VIII do art. 71; dentre outros<sup>109</sup>.

Há, ainda, baseada também na lição de BONAVIDES, uma tendência a tratar os dispositivos constitucionais que mencionam o adjetivo "proporcional", ou termos correlatos, como expressões da regra da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro<sup>110</sup>.

Neste contexto, prudente ressaltar a observação de SILVA, no sentido de que:

“Boa parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, e Suzana de Toledo Barros. Esta é uma tendência que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina. Há também quem encontre o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais<sup>111</sup>”. (grifado)

De qualquer sorte, importante se dizer, a proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro. Em verdade, torna-se, quase que abstrato, inferi-la por uma fundamentação jurídico-positiva, porquanto decorre da estrutura dos direitos fundamentais na qualidade de princípios jurídicos<sup>112</sup>.

Feitas estas considerações, passa-se a uma análise mais aprofundada dos estudos teóricos a respeito da proporcionalidade no Direito brasileiro, considerando as principais vertentes doutrinárias, bem como a repercussão destas análises teóricas a partir da fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

## 4. A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

### 4.1. ALÉM DAS VARIANTES TERMINOLÓGICAS

Até o momento, viu-se a importância de uma distinção qualitativa entre regras e princípios, ao passo que tal diferenciação, em detrimento de uma distinção meramente quantitativa, implica em uma consequência prática de aplicação muito diversa entre as duas espécies normativas.

Ato contínuo, fez-se uma digressão histórica a fim de se compreender os diferentes contextos de ascensão do Estado de Direito e o sentido das Leis Fundamentais; isto a partir de

<sup>109</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 449.

<sup>110</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 42.

<sup>111</sup>Entre eles, cita SILVA, Suzana de Toledo Barros, Antonio Magalhães Gomes Filho, e de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Refere SILVA que esses autores fundamentam a aplicação da proporcionalidade os artigos 5º, II (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, caput (princípio republicano), 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), habeas data (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a). No mesmo sentido, e provavelmente como inspirador dos autores citados, leciona Paulo Bonavides. SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 23.

<sup>112</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p.45

observações de direito comparado, de forma a compreender a construção de mecanismos de controle do excesso de poder estatal. E, por derradeiro, se esboçou a implicação da proporcionalidade a partir da promulgação da Constituição da República de 1988.

Tais considerações mostram-se pertinentes para que se possa compreender a proporcionalidade. Ressalta-se, todavia, que a proporcionalidade como a concebemos no ordenamento jurídico brasileiro, é vertente da técnica jurídica desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, a qual vem sendo amplamente difundida. Porém, muitas vezes, como bem observa LIMA, com grandes impropriedades metodológicas e conceituais, tanto no âmbito teórico como também na prática jurídica brasileira<sup>113</sup>.

É neste mesmo sentido a observação de SILVA:

“Nos últimos anos, a regra da proporcionalidade vem despertando cada vez mais o interesse da doutrina brasileira e são inúmeros os trabalhos produzidos sobre o tema. Muitas vezes, no entanto, ela é encarada como mero sinônimo de razoabilidade, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Partindo não só do pressuposto de que essa identificação é errônea, mas também de que nem sempre a regra da proporcionalidade tem sido tratada de forma clara e precisa”<sup>114</sup>.

Diante da infinidade de termos utilizados pela doutrina brasileira para referir-se à construção alemã *Verhältnismässigkeit* – porquanto concebida como regra, princípio, postulado, máxima – o termo que se passa a utilizar é *dever de proporcionalidade*, não por assim determinar um conceito preciso à proporcionalidade, mas sim, porque melhor expressa seu sentido funcional e seu caráter *normativo*.

Cumprido, por ora, trazer o ensinamento de ALEXY, mormente no que concerne a proporcionalidade e sua correlação com as normas de natureza principiológicas:

“A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com as suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento ou meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”<sup>115</sup>.

Importante que se contextualize tal ilação. Na linguagem jurídica alemã, a proporcionalidade é usualmente utilizada como *proporcionalidade (Verhältnismässigkeit)* e *proibição de excesso (Übermassverbot)*. Estes dois termos são utilizados para designar os

<sup>113</sup>LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 92.

<sup>114</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, Revista dos Tribunais 798, 2002. p. 23.

<sup>115</sup>ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 116-117.

conceitos parciais – ou elementos constitutivos –, denominados sucessivamente *adequação* (*Geeignetheit*), *necessidade* (*Erforderlichkeit*) e *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit, i.e. Sinn*), os quais a compõem o dever de proporcionalidade<sup>116</sup>.

Diga-se, ainda que a proporcionalidade tenha sido primeiramente estudada e aplicada no direito alemão<sup>117</sup> sua utilização pela Corte Constitucional alemã é deveras controvertida. Neste sentido alerta ALEXY:

“O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. Todavia, isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm caráter de princípios<sup>118</sup>”.

Neste mesmo sentido, BONAVIDES adverte que a referida Corte Constitucional utiliza-se dos termos *proporcionalidade* e *proibição de excesso* das mais variadas formas, isto é, “com visíveis oscilações e numa incerteza persistente”. Por tal razão, desde o início do século XX a doutrina e a jurisprudência alemãs deparam-se com uma série de problemas terminológicos e de relevante importância prática quando da utilização da proporcionalidade e seus sub elementos<sup>119</sup>.

A partir deste quadro, afirma BONAVIDES, referindo à observação feita por L. Hirschberg:

“(…) há sempre (...) o risco de graves mal-entendidos ou ambiguidades derivadas de linguagem nem sempre clara, uniforme ou inequívoca relativamente à definição do conteúdo do princípio, isto é, ao reconhecimento de suas partes constitutivas e das respectivas designações de que tem sido objeto e até mesmo com referência ao “princípio geral” (*Gesamtgrundsatz*), ou seja, à proporcionalidade numa acepção lata<sup>120</sup>. (grifado)

Importante que se diga: a busca por uma conceituação acerca do que concebemos no direito brasileiro, como “princípio da proporcionalidade” é muito recente<sup>121</sup>. É, conforme bem aponta ÁVILA “influência positiva do direito alemão”<sup>122</sup>. Portanto, os estudos voltados à compreensão do dever de proporcionalidade, no Brasil, estão intimamente vinculados a

<sup>116</sup>BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 416.

<sup>117</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25/05/2016.

<sup>118</sup>ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 116-117.

<sup>119</sup>BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 416.

<sup>120</sup>BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 419.

<sup>121</sup>Neste sentido, destacam-se os trabalhos já citados de BARROS, BARROSO, MENDES e CANOTILHO.

<sup>122</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25/05/2016.

conceitos já problematizados, ainda que oriundos de um país que, teoricamente, goza de certa maturidade constitucional.

A aplicação da proporcionalidade e seus sub elementos trazem grandes dificuldades no âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, porquanto reflete dificuldades que extrapolam a mera problemática terminológica. Dizem respeito, também, ao fundamento de validade da proporcionalidade. Tal complexidade dá-se, sobretudo, porque diz respeito à variação do “Estado de Direito, dos direitos fundamentais ou da unidade da Constituição até a conjugação de todos esses fundamentos”<sup>123</sup>.

No Brasil, mormente pelo fato de ter sido fortemente influenciado pelo direito alemão, consolidaram-se os mesmos problemas terminológicos e estruturais. O Supremo Tribunal Federal traz uma grande variedade de sentidos ao dito “princípio da proporcionalidade”, tornando obscuro seu fundamento de validade.

Prudente, neste sentido, as observações de ÁVILA no sentido de que:

“(…) a fundamentação do dito princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim — absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade —, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua”<sup>124</sup>.

Dessarte, importante que se pontue as principais vertentes doutrinárias que buscam extrair um sentido prático ao dever de proporcionalidade, para que, ato contínuo, se possa compreender o método de aplicação adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

## 4.2. CONSTRUÇÕES TEÓRICAS

Como já dito, o dever de proporcionalidade, tal como hoje se concebe no ordenamento jurídico pátrio, deriva do direito constitucional alemão, no qual compreendido a partir de três sub elementos, quais sejam *exigibilidade*, *adequação* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

No Brasil se formaram diversas concepções teóricas relativamente à fundamentação e aplicação da proporcionalidade. Dentre elas, destacam-se àquelas propostas por Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Suzana de Toledo Barros, Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila.

<sup>123</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 4. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25/05/2016.

<sup>124</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 03. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016

No artigo “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, MENDES traz diversas linhas de raciocínio acerca dos métodos de aplicação do dever de proporcionalidade, bem como diversos fundamentos de sua validade. Com efeito, para o jurista brasileiro:

“Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, **de se proceder à censura sobre a adequação** (*Geeignetheit*) e a **necessidade** (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo. (...)

A violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante **contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins**”<sup>125</sup>. (grifado)

Pode se depreender, a partir dos trechos transcritos, que, segundo o jurista, não há um conceito definido acerca da proporcionalidade; não há uma compreensão estruturada da norma; e sua validade repousa sob diversas máximas de necessidade.

Por outro lado, BARROSO<sup>126</sup> leciona que a proporcionalidade é um princípio constitucional não expresso, o qual é estruturado a partir dos sub elementos concebidos a partir da dogmática analítica e ordenada do direito alemão. Trata-se de um princípio constitucional importantíssimo na proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, ao passo que permite o efetivo “controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interposta no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.

Todavia, entende BARROSO que não há necessidade de se distinguir conceitualmente o dito “princípio da proporcionalidade” do “princípio da razoabilidade”, porquanto este último tem seu fundamento no devido processo legal substantivo, concebido do direito norte-americano. Tal fato se justifica porque um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos.

Neste contexto, entende BARROSO que:

“(...) o princípio da proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos do legislativo ou administrativos quando *a*) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*) *b*) a medida não seja exigível ou necessária, havendo o meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação de excesso*) *c*) não haja

<sup>125</sup>MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/>. Acesso em: 25 de maio de 2016. p. 1-2.

<sup>126</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 168.

proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo com o que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto<sup>127</sup>.

Diga-se, BARROSO traz simples questão de preferência terminológica, variável de acordo com a filiação acadêmica de cada jurista. Tal inferência é bem observado por SILVA quando transcreve a observação feita por BARROSO:

"(...) é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira."<sup>128</sup>

BARROS também adota esta definição, ao passo que reconhece o “princípio da proporcionalidade”<sup>129</sup> como sinônimo de razoabilidade relativamente à construção estadunidense e sua implicação estrutural no controle dos atos estatais.

SILVA, todavia, fortemente influenciado pelo trabalho desenvolvido por ALEXY, traz uma visão muito diversa dos autores citados. O jurista brasileiro publicou brilhante trabalho acerca dos problemas terminológicos na concepção dos juristas citados<sup>130</sup>. Para SILVA, faz-se necessária uma distinção conceitual entre *proporcionalidade*, *razoabilidade* e *privação de excesso*, porquanto o método de aplicação de cada um implica em consequências jurídicas distintas. No entender de SILVA, a proporcionalidade seria uma *regra*, e não um princípio. É, sobretudo um desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais e, portanto, deve ser aplicada de forma estruturada a partir do exame da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Assim, exige-se um rigor muito maior quando da sua aplicação, o que não acontece com a *razoabilidade* – uma simples análise da relação meio-fim<sup>131</sup>.

O referido jurista é um forte crítico ao método de aplicação da *regra de proporcionalidade* no âmbito de Supremo Tribunal Federal. Alertando a forte tendência de confusão com outros termos, ao passo que, confundir tais conceitos, meramente por sua origem “a regra da proporcionalidade nada mais seria do que o nome dado à regra da

<sup>127</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**, Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed., p. 168.

<sup>128</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 28.

<sup>129</sup>BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 54-65.

<sup>130</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed.

<sup>131</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 30.

razoabilidade pelos autores ‘sob influência germânica’, uma simples questão de preferência terminológica<sup>132</sup>’.

A aplicação da proporcionalidade implica numa ordem pré-definida. Isto é, diferente do que ocorre nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – conforme se verá mais adiante –, a aplicação da “regra da proporcionalidade” nem sempre implica a análise de todas as suas três sub regras<sup>133</sup>. Isto é dizer que as sub regras da proporcionalidade são subsidiárias. Não seria necessário o exame da *adequação* ou da *proporcionalidade em sentido estrito* se o ato estatal sob análise não é adequado para a promoção dos atos objetivos pretendidos. A regra da proporcionalidade é uma estrutura racionalmente definida, com sub elementos independentes – adequação, necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito – aplicados em uma ordem pré-definida<sup>134</sup>.

Diga-se que os conceitos trazidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirma SILVA, expressam a ideia de razoabilidade como o primeiro dos três sub elementos da proporcionalidade – *adequação*; ao passo que a *regra da proporcionalidade* seria muito mais ampla, não se limitando a mero exame entre meios e fins<sup>135</sup>.

É a partir destas conclusões que SILVA retoma a relação entre a *regra de proporcionalidade* e o dever de otimização das normas de direito fundamental de caráter principiológico, já tão bem explicada por Robert Alexy, retomando-se a ideia de que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”<sup>136</sup>.

Por sua vez, ÁVILA, a partir de uma ótica muito singular, entende que o dever de proporcionalidade deve ter um significado normativo autônomo. Isto é o dever de proporcionalidade não seria um princípio ou norma-princípio, haja vista que:

“(…) sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios”<sup>137</sup>.

<sup>132</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 28.

<sup>133</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 34.

<sup>134</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 30.

<sup>135</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 33.

<sup>136</sup>ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 116-117.

<sup>137</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001, p. 23-24. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016.



Com o intuito de trazer uma nova definição ao dever de proporcionalidade, ÁVILA afirma que a proporcionalidade em nada se associa a medida de excesso, haja vista que, tal exame, é feito com base no caso concreto considerando a relevância que “o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode levar ao excesso da medida”<sup>138</sup>.

Além disso, o referido jurista postula que, a despeito do entendimento formulado por SILVA, o dever de proporcionalidade não seria uma regra, porquanto:

“O dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura”<sup>139</sup>.

Assim, pelo fato de o dever de proporcionalidade impor uma *condição* formal ou estrutural de conhecimento concreto, ou seja, uma aplicação de outras normas; ser uma condição normativa “instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação”<sup>140</sup> trata-se, pois, de um *postulado normativo aplicativo*.

A partir das construções teóricas expostas, percebem-se duas concepções doutrinárias diversas: **a)** uma corrente doutrinária que encontra diversos suportes de validade à aplicação da proporcionalidade – inexistindo subsidiariedade entre os elementos estruturais da norma –; e **b)** uma corrente de ótica *estrutural e racional*.

Segundo esta segunda doutrina, a proporcionalidade não deve ser compreendida com uma mera exigência de racionalidade, mas sim como um dever-jurídico positivo e racionalmente estruturado; e desfecho da análise de três sub elementos - *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Não deve, portanto, a proporcionalidade ser confundida com um juízo de *razoabilidade*, tampouco com um exame de *excesso*. A primeira é um dos vários *topoi* dos

<sup>138</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 24. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016.

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 25. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016.

<sup>140</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 25. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016.

quais o Supremo Tribunal Federal se utiliza, ou, ainda, uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins, ao passo que a segunda ou confunde-se com um dos sub elementos parciais *necessidade* e *adequação*, ou – na percepção de ÁVILA –, esta adstrita a um juízo do caso concreto.

Tais esclarecimentos se fazem necessários à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porquanto, conforme conjectura SILVA:

“O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional"<sup>141</sup>. (grifado)

Feitas estas diferenciações em relação às diferentes concepções doutrinárias, passa-se à análise das decisões do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.3. DEVER, EXCESSO, RAZOABILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Um dos exemplos mais utilizados pelos autores até então estudados, diz respeito à decisão proferida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 855<sup>142</sup>, cuja ementa transcreve-se:

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. **Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente”. (grifado)

Para ÁVILA, tal declaração de inconstitucionalidade deu-se em face da excessividade da lei relativamente ao seu fim. Infere o jurista que ao julgar procedente a ação, a Corte superior julgou em nome da excessividade<sup>143</sup>.

Ressalta-se a observação de BARROS<sup>144</sup> quanto à decisão que deferiu a medida liminar de suspensão dos efeitos da referida Lei, na qual, não obstante a prudente aferição de

<sup>141</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 33.

<sup>142</sup>ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059, Publicado em 27-03-2009.

<sup>143</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001, p. 02. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016.

<sup>144</sup>BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de**

ÁVILA, a Corte utilizou-se arbitrariamente dos termos *proporcionalidade* e *razoabilidade* como se sinônimos fossem. Cumpre transcrever trecho da decisão liminar citada por BARROS:

“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com o pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§ 25, §2º, e 238, além de violação ao **princípio de proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida”. (grifo do original)

A utilização da proporcionalidade de forma genérica no âmbito do Supremo Tribunal Federal, verifica-se também na decisão proferida no Habeas Corpus 76060-SC<sup>145</sup>, cuja ementa transcreve-se:

“DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, **à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”. (grifado)

Neste exemplo, SILVA refere o caráter meramente retórico, e não sistemático da proporcionalidade. Para melhor ilustrar esta problemática, o referido jurista utiliza-se do seguinte trecho do julgado:

“O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, **ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade** - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”<sup>146</sup>.

A partir de uma análise do referido acórdão, pertinente a observação de ÁVILA, no sentido de que, no caso em apreço, “a proporcionalidade destina-se a estabelecer limites

---

**direito.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 71.

<sup>145</sup>HC 76060, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 15-05-1998 PP-00044 EMENT VOL-01910-01 PP-00130.

<sup>146</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 31

concretos individuais à violação de um direito fundamental – a dignidade da pessoa humana – cujo núcleo é inviolável”<sup>147</sup>.

De outra banda, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 511.961<sup>148</sup>, momento em que foram analisadas as disposições do Decreto-Lei n° 972/69, relativamente à possibilidade de restrição da liberdade do exercício da profissão de jornalista, foi aplicado um juízo de proporcionalidade a partir de diversos raciocínios. Cumpre transcrever, no que interessa, ementa do julgado:

“JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE.

(...)

4.ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5o, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5o, XIII, da Constituição de 1988, **paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas**, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5o, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”. (grifado)

A partir da ementa transcrita, percebe-se a preocupação da Corte constitucional em proteger o núcleo essencial da norma de direito fundamental contida no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, procurando se evitar o esvaziamento do seu conteúdo em razão de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais<sup>149</sup>.

<sup>147</sup>ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 4, julho, 2001, p. 02. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de maio de 2016

<sup>148</sup>RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213, Publicado em 13-11-2009.

<sup>149</sup>RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213- PP-00605. p. 743

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 972/69, não aplicou a proporcionalidade de forma estruturada. Em verdade, verifica-se na fundamentação do julgado evidente confusão entre o “princípio da proporcionalidade” e seus sub elementos. Cumpre, neste sentido, transcrever trechos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes:

“Assim, **parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5o, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas**, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como **condicionantes do livre exercício das profissões**. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, **não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial**.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que **decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas**<sup>150</sup>. (grifado)

(...)

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), **mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade**.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzes vorbehält*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), **pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos** (*Geeignetheit*) e a **necessidade de sua utilização** (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)<sup>151</sup>.(grifado)

Verifica-se, a partir dos trechos transcritos, que o Supremo Tribunal Federal aplica a proporcionalidade associando sua validade no meio-fim, ou seja, num sentido equivalente ao dito “princípio da razoabilidade”; refere ainda a necessidade de se privar o excesso da medida veiculada ao Decreto-Lei, padecendo, novamente, em cristalina confusão entre a proporcionalidade – em seu sentido normativo estrutural – e seus elementos parciais.

Enfim, percebe-se que foi atribuído ao dever de proporcionalidade um sentido plástico, porquanto utilizado como mero sinônimo de razoabilidade. Os dois termos – proporcional e razoável – foram empregados em sentido laico, descartando-se uma conotação

<sup>150</sup>RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213- PP-00605. p. 742

<sup>151</sup>RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213- PP-00605. p. 743

técnica jurídica adequada<sup>152</sup>, a qual essencial para a aferição de constitucionalidade de uma norma restritiva de direito fundamental. Isto é, necessário submeter à norma restritiva de direitos fundamentais aos sub elementos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Com efeito, confirma-se a observação feita por SILVA no sentido de que “não raramente, o Supremo Tribunal Federal invoca a proporcionalidade como um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático”<sup>153</sup>.

De igual sorte, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 349.703<sup>154</sup>; o Supremo Tribunal Federal, em análise de possibilidade da prisão civil do devedor-fiduciante equiparado ao depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República de 1988), entendeu que tratar-se-ia de medida de extrema coerção do devedor inadimplente, fato este que não passaria pelo exame de *proporcionalidade* como *proibição de excesso material*, conforme se infere na ementa ora transcrita:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida **extrema de coerção** do devedor inadimplente, **não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração**: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”. (grifado)

Tal decisão, de forma evidente, utiliza-se de diversos raciocínios para a aplicação da proporcionalidade, bem como encontra diversos suportes de validade. Com efeito, a equiparação da proporcionalidade com a *proibição de excesso* faz com que tal “princípio” incorpore um sentido meramente retórico, haja vista que os dois termos não devem ser confundidos<sup>155</sup>. E, não obstante, importante transcrever trecho do Ministro Relator onde é feita a inferência da validade do dito “princípio”:

<sup>152</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 23.

<sup>153</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 31

<sup>154</sup>RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

<sup>155</sup>Na decisão utilizada como exemplo, a proibição de excesso está associada a um dos sub elementos da proporcionalidade.

Como sabido, a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (...), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. (grifado)<sup>156</sup>

Veja-se, há evidente confusão terminológica no julgado, na medida em que se confundem a proporcionalidade com seu trinômio estrutural. Tal fato se confirma logo no parágrafo subsequente da ilação a cima transcrita, na medida em que o Eminente Relator, valendo-se da jurisprudência alemã, afirma que:

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (...) “se se puder constatar, inequivocadamente, a existência de outras medidas menos lesivas”<sup>157</sup>. (grifado)

De qualquer sorte, o Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma oblíqua, logrou aplicar o trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, todavia, utilizando-os de forma independente, e não de forma subsidiária. Enfim, na decisão em apreço, a proporcionalidade é tratada meramente como um dever de raciocínio.

Enfim, concluí-se que apesar de nosso Supremo Tribunal Federal referir, reiteradamente a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", nossa Corte superior não parece disposta a aplicá-la em seu verdadeiro sentido normativo, ou seja, de forma estruturada. Em verdade, limita-se a citá-la. A partir dos acórdãos colacionados verifica-se que não é elaborado nenhum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade em face do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. Nas palavras de SILVA, “O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico”, ou seja, a utilização do dever de proporcionalidade resume-se em inferir se **a)** a Constituição consagra a regra da proporcionalidade; **b)** o ato questionado não respeita essa exigência; **b)** o ato questionado é ou não é inconstitucional<sup>158</sup>.

---

Neste contexto, SILVA aponta dois sentidos diferentes relativamente a proibição de excesso: segundo Paulo Bonavides o termo proibição de excesso refere-se a vedação de arbítrio, ou seja, um sinônimo de exame da adequação do ato estatal; e, no entendimento de Barroso “proibição de excesso como sinônimo de exame da necessidade”. SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 26-27

<sup>156</sup>RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675, p. 42.

<sup>157</sup>RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675, p. 42.

<sup>158</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed., p. 23.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, citado na introdução do presente trabalho, reflete uma importante conquista no âmbito do Direito Constitucional brasileiro. A técnica por ele utilizada retoma os ideais pós-positivistas, associados à normatização dos direitos fundamentais e ascensão do Poder Judiciário como importante figura na aferição de excessos do legislativo.

Todavia, o dever de proporcionalidade imposto ao intérprete não deve se exaurir em uma ideia de mero raciocínio. Torna-se evidente a necessidade de explicação e descrição da proporcionalidade em si – um dever jurídico. A relativização de seu conceito e de sua estrutura pode torna-lo inócuo e podendo originar insegurança jurídica.

O Direito, como ciência, é algo vivo e deve acompanhar as velozes transformações sociais para que não padeça de mero formalismo. Nesse sentido, a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar o dever de otimização e congruência com a realidade social ao caso concreto a fim de validar-se os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.

Nesta senda, após a análise detalhada do aduzido por BARROS, BARROSO e MENDES, foi inevitável concluir que suas alegações tornam-se precárias na medida em que as ideias de proporcional e proibição de excesso, os quais estudados e aplicados no direito Constitucional alemão, não se confundem com a razoabilidade utilizada nos Estados Unidos da América, haja vista sua associação como *due process of law*. Diga-se mais, mesmo que a doutrina dos referidos autores entenda que o dever de proporcionalidade compreenda os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, não há referência quanto à necessidade da aplicação destes conceitos de forma subsidiária. Isto revela possível insegurança jurídica advinda do método de aplicação destes autores.

Não por acaso, as concepções de SILVA e ÁVILA, originadas essencialmente de estudos do constitucionalista alemão ALEXY, valem-se de uma forma estruturada da proporcionalidade para que ela tenha um novo sentido normativo, seja ela uma regra, seja ela um postulado.

Ainda, referente aos julgados colacionados, provenientes do Supremo Tribunal Federal, concluí-se que apesar de estes referirem reiteradamente a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", nossa Corte Superior não parece disposta a aplicá-la em seu verdadeiro sentido normativo, ou seja,



de forma racional e estruturada. Em verdade, limita-se a citá-la. Ou seja, a partir das ementas dos acórdãos abordados verifica-se que não é elaborado nenhum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade em face do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Diante desta análise, conforme referido na parte introdutória do presente estudo, conclui-se que a chamada proporcionalidade trata-se, de fato, de um tema de alta complexidade e de natureza infinda. Deste modo, cumpre frisar que este estudo não objetivou dar cabo da discussão sobre a matéria, ao revés, visou e, acredita-se, logrou êxito, fomentar e ampliar o debate para que a proporcionalidade não seja banalizada, mas sim, utilizada de forma coerente e servil às situações colocadas pela sociedade diante do Judiciário, fornecendo efetividade aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014: 2. ed., tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 15 ed., 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da proporcionalidade e controle de constitucionalidade das leis restritivas de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, 1. ed.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro, contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, 3. ed.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012 27. ed.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Mandamentos, 1. ed., tradução de Nelson Boeira, 2002.

FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GRAU, Eros Roberto; FILHO, Willis Santiago Guerra. **Direito Constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores, 1. ed., 2003.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/>. Acesso em: 25 de maio de 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo horizonte: Fórum, 2. Ed., 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 1. ed.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, 2002: Revista dos Tribunais, 798 ed.

VALE, André Rufino do: **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais Repensando a distinção entre Regras, princípios e valores**, São Paulo: Saraiva, 2009.

VERONESE, Osmar. **Constituição Reformar para que(m)?**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.