

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco para sociedade brasileira. A partir dela o sistema jurídico nacional iniciou de fato uma transformação a fim de absorver a doutrina do neoconstitucionalismo, que já se era sentido no mundo ocidental. Segundo a concepção neoconstitucionalista, ela deve ser vista não como um emaranhado de normas abstratas e válidas apenas do ponto de vista formal, mas como normas efetivas e eficazes no plano da realidade.

Sob esse diapasão a efetivação das normas constitucionais se tornou obrigatória, cabendo ao Estado a obrigação de garantir aos seus cidadãos um mínimo de condições essenciais exigidas para a sua existência, efetivando minimamente os direitos fundamentais como forma de concretizar a dignidade da pessoa humana.

A necessidade de efetivação da constituição ressalta a sua força normativa, que motivou uma transformação da forma de aplicação do direito. Isso por que, as Constituições são escritas a partir de normas genéricas e com conceitos abertos de forma que o método tradicional de aplicação do direito, de vertente positivista, não se mostrava mais suficiente aos anseios da sociedade.

Dentro desse contexto, a dogmática jurídica passou a ter que lidar com a aplicação dos princípios. Como afirma Basto (2002), a norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmos como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado.

O método clássico de aplicação do direito por intermédio da subsunção, abre espaço para aplicação e estudos de outros métodos de aplicação do direito. Não se tem a intenção de afirmar que exista um método próprio de interpretação da Constituição, no entanto, como bem afirma Canotilho (1998), a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos desenvolvido pela doutrina e jurisprudência com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas, diferentes mas complementares.

Nesse contexto, a proporcionalidade ganhou relevo na doutrina e na jurisprudência nacional. Trata-se de um conceito amplamente utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e foco de vários estudos doutrinários.

A despeito da ampla utilização, não há um consenso doutrinário sobre a natureza jurídica da proporcionalidade. Robert Alexy (2008), um dos grandes estudiosos desse princípio, afirma que a proporcionalidade é um princípio cuja finalidade é o sopesamento de princípios colidentes. Já para Barroso (2010), a proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos. Outro autor que se dedicou ao tema foi Virgílio Afonso, segundo o qual a proporcionalidade assume,

pelo menos em algumas hipóteses que se verá, um caráter de regra cuja aplicação se dá pela subsunção. Há ainda outros entendimentos como o de Ávila (2008), para quem a proporcionalidade é postulado normativo aplicativo, cuja função é solucionar questões atinentes à aplicação do direito.

Apesar da ampla utilização na jurisprudência, percebe-se uma ausência de consenso na natureza jurídica da proporcionalidade e, conforme seja a definição adotada, ter-se-á funções e consequências distintas.

2 OBJETIVO

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é descrever as premissas e o entendimento de cada autor sobre o instituto, bem como analisar julgados pelo STF em cuja aplicação do princípio da proporcionalidade se aproximam do entendimento de cada autor.

3 METODOLOGIA

A metodologia de pesquisa foi à bibliográfica, com abordagem crítica. O método foi o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Os estudos foram embasados pelos pressupostos constitucionais, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise.

No tocante aos julgados analisados o método utilizado foi o indutivo.

O procedimento de coleta de dados deu-se através da seleção das leituras de forma crítica e analítica, com fichamento por revisão teórica, sendo que o material coletado com consultas a algumas bases de dados, como as fontes de pesquisa da CAPES (www-periodicos-capes.gov.br) e Scielo (<http://search.scielo.org/>), e outros sites devidamente indicados a fim de identificar textos que apresentem um aprofundamento e veracidade sobre a temática abordada.

4 DESENVOLVIMENTO

4.1 A PROPORCIONALIDADE EM ROBERT ALEXY

A afirmação geral da doutrina é de que os direitos fundamentais não são absolutos mas relativos, haja vista que todos eles se encontram limitados por outros direitos ou por valores

amparados pela própria Constituição, são heterogêneos pois defendem valores distintos e plurais, e são dotados de conteúdo aberto e variável para aplicação diante do caso concreto. Estas características implicam em um vasto leque das mais variadas colisões de direitos humanos e fundamentais.

Destaca-se como filósofo e jurista que enfrentou profundamente esta problemática o alemão Robert Alexy, um autor de grande referência quando o assunto é o princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com grande influência sobre os autores Brasileiros.

Em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais o autor parte da análise da teoria do norte americano Ronald Dworkin, que por sua vez traz a distinção de normas entre regras e princípios:

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido. (ALEXY, 2015, p. 104)

Na obra Uma Questão de Princípio (2001), Dworkin aponta dois modelos, duas maneiras de diferenciar as regras e os princípios, as regras possuem um modelo de aplicabilidade mais rigoroso do tipo tudo-ou-nada, já os princípios seguem um modelo mais flexível, que se caracterizam pela dimensão de peso.

O jusfilósofo americano diz que se existe um conceito para o Direito, esse deve ser entendido como um conceito interpretativo, direito e princípio se misturam numa concepção de integridade. Para ele, normas e princípios, casos fáceis e casos difíceis não possuem uma diferenciação rígida, tudo depende do contexto.

Já Alexy definiu os princípios como mandados de otimização, afirmou que devem ser adotadas todas as medidas possíveis para a satisfação do princípio, todas as medidas que estiverem ao alcance das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015, p. 90)

Note-se que a partir da ideia de que os princípios são mandados de otimização, Alexy afirma que podem ter satisfação em diferentes graus, ou seja, podem ser atingidos de maneira mais ampla ou menos ampla, e é possível até mesmo a satisfação ou a implementação parcial dos princípios, sem contudo que nenhum perca sua validade.

Alexy debruçou-se com profundidade na questão das diferenças entre regras e princípios para buscar uma solução às colisões de direitos fundamentais, analisando a obra de Dworkin que defende que, quando dois princípios entram em colisão, ganha aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso tenha preferência, seja mais importante, sem que isso resulte na invalidade do princípio oposto. Diversamente se duas regras entram em conflito uma delas será invalidada.

Portanto a colisão dos princípios para Dworkin, resolve-se na dimensão de peso (de importância), já o conflito entre regras resolve-se no plano da validade (ou uma ou outra).

Com efeito em Alexy, a solução de conflito entre as regras resolve-se pela validade da mesma, mas para a solução das colisões entre princípios constitucionais ele parte da técnica do sopesamento, ou do balanceamento, defendendo que se todos os princípios em abstrato possuem a mesma importância, devem na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, para somente após decidir qual deverá prevalecer.

Na análise do caso concreto um dos princípios terá que ceder, sem que signifique a sua invalidade, apenas não será aproveitado para aquele caso específico, sendo possível que, em outro caso com fatos diferentes, esse mesmo princípio que cedeu prevaleça.

Sobre a colisão de princípios é interessante a lição de Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso. (ALEXY, 2015, p. 93)

Na visão de Robert Alexy para resolver casos de colisão entre princípios, aplica-se a técnica ao caso concreto do sopesamento, onde o instrumento a ser utilizado para o deslinde da questão será a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A força de um princípio fundamental deve ceder para ser possível a aplicação de outro princípio fundamental, mais forte ou de maior peso naquele caso específico, em outro caso pode ser completamente diferente, nas palavras de Alexy a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade:

Uma das teses centrais da "Teoria dos Direitos Fundamentais" é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por "otimização" na teoria dos princípios. (ALEXY, 2015, p. 93)

Alexy foi a detalhes em sua teoria afirmando que, em caso de colisão entre direitos fundamentais, mesmo que uma medida que restrinja um direito fundamental seja adequada e necessária para garantir ou privilegiar um outro direito fundamental, não significa que, ainda que adequada e necessária, seja suficiente para solucionar a colisão.

Para alcançar esse objetivo é necessário ainda o exame da proporcionalidade estrita, e aqui ele traça um longo raciocínio, uma técnica como uma verdadeira fórmula matemática que denominou Lei de Colisão, para explicar o exercício da ponderação, através de um sopesamento em etapas:

Nesse sentido, é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras: (K) Se o princípio P 1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P 1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C - R. Uma formulação menos técnica seria: (K ') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. (ALEXY, 2015, p. 99)

É que os direitos fundamentais têm essa característica da diversidade e do pluralismo, podem caminhar na mesma direção em determinada circunstância, mas podem colidir em outra situação.

A solução em Dworkin é o peso do princípio (a importância), a balança na análise do caso concreto.

A solução em Alexy é o sopesamento, a ponderação pelo princípio da proporcionalidade, é ele quem nos ajuda a racionalizar escolhas, entre as quais algum princípio deva ter relevância e preponderar em determinado caso, no caso de colisão de princípios fundamentais não se deve excluir um princípio em detrimento do outro, é preciso interpretar, com uma hermenêutica moderna, que vá permitir a coexistência entre esses princípios e a melhor solução ao caso concreto:

ADI 5136 MC/DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 01/07/2014

Publicação: 30/10/2014

Órgão julgador: Tribunal Pleno

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 Partes REQTE.(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB ADV.(A/S) : MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(A/S) INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa Ação direta de inconstitucionalidade. §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente.

Decisão Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), indeferindo o pedido de medida cautelar, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia, o Tribunal, por unanimidade, acolheu proposta da Ministra Cármen Lúcia para julgar o mérito da ação. Em seguida, colhida a manifestação do Ministério Público Federal, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente). Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falou pelo requerente a Dra. Marilda de Paula Silveira. Plenário, 01.07.2014.

No presente caso havia conflito entre a liberdade de expressão e a segurança dos torcedores do Brasil e de outros países em plena copa do mundo de futebol. O relator em sua fundamentação relata que a liberdade de expressão não é direito absoluto, insuscetível de restrição, que há hipóteses de colisão com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos, diz: “Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade”.

O Ministro Gilmar Mendes narra que já sustentou sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmando em dado momento em seu voto: “há

de perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e proporcional em sentido estrito”. De forma a aplicar a teoria de Robert Alexy para a solução da colisão aplicando a restrição de um princípio em favor de outro contraposto.

4.2 A PROPORCIONALIDADE EM LUIZ ROBERTO BARROSO

Para Luís Roberto Barroso o neoconstitucionalismo é o ponto de ruptura do positivismo estrito onde vige o império da lei, sendo o juiz apenas o enunciador das normas jurídicas. Com ele as constituições ganham força normativa e passam a orientar toda atuação estatal. Os direitos fundamentais deixam de ser meras promessas e se tornam vetores das ações públicas. Na concepção de Barroso (2010), esse fenômeno pós-positivista marca a reaproximação entre direito e ética, cujos os pilares são a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante dos seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade. (BARROSO, 2010, p. 250)

Pode-se perceber que, com base no autor, a proporcionalidade é o instrumento para superar a posição legalista positivista, possibilitando a reaproximação entre o direito e a norma. Essa possibilidade decorre do caráter aberto do princípio que contém maior carga valorativa, como bem diz o autor:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. (...) A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. (BARROSO, 2003, p. 329).

Para o autor, em que pese a proporcionalidade e a razoabilidade terem origens em

sistemas jurídicos distintos apresentam o conteúdo jurídico iguais, havendo uma fungibilidade entre os princípios, como bem se elucida na seguinte passagem:

(...) a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. (BARROSO, 2003, p.224).

Para explicar essa fungibilidade entre proporcionalidade e a razoabilidade o autor explica que a razoabilidade, conceito cujas origens remonta ao direito Americano, passou por uma transformação, segundo Barroso:

Na primeira fase, a cláusula teve caráter puramente processual (procedural due process), abrigando garantias voltadas, de início, para o processo penal e que incluía os direitos a citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (substantive due process), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício da discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais – especialmente da liberdade e da propriedade – em face do poder político. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins. Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano. (Barroso, 2010 p. 256).

Ao fim, a razoabilidade e a proporcionalidade visam aferir a racionalidade das leis e atos normativos. Para tanto, o autor incorpora à razoabilidade os três sub princípios da proporcionalidade desenvolvidos em Roberty Alexy, melhor desenvolvido em tópico próprio. Nesse processo, a razoabilidade se expressa no subprincípio da necessidade, desenvolvido em Alexy. Na palavras do autor, “a razoabilidade se expressa através do princípio da proibição do excesso”.

O princípio da proporcionalidade para o autor é uma forma de auferir a legitimidade dos atos estatais, assumindo verdadeiro caráter instrumental de verificação de constitucionalidade de tais atos. Nesse passo de ideias, é possível auferir que; a proporcionalidade é um princípio instrumental que visa auferir a compatibilidade dos atos estatais com a constituição sendo que a razoabilidade se equivale à necessidade, e, portanto, subprincípio da proporcionalidade. Além disso, a aplicação da proporcionalidade em Luís Roberto Barroso equivale-se à aplicação em Roberty Alexy cuja as proposições serão vista à seguir.

É possível perceber essas conclusões no Habeas Corpus 124.304 do Rio de Janeiro de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo voto vencedor foi o prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Na oportunidade, o Ministro considerou proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos:

Direitos fundamentais estão sujeitos a limites iminentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade. STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017.

Ainda no mesmo julgado é possível extrair que o Ministro tratou da razoabilidade como conceito interno ao princípio da proporcionalidade, bem como deixa claro que o conceito de proporcionalidade no autor coincide com a proposta de Robert Alexy. Nesse sentido:

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde. STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017

Assim, a proporcionalidade para Luís Roberto Barroso é um princípio instrumental cuja aplicação se desenvolve na esteira da doutrina de Robert Alexy, acrescentando como sinônimo do subprincípio da necessidade o princípio da razoabilidade.

4.3 A PROPORCIONALIDADE EM VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Para Silva (2009), a proporcionalidade se apresenta como verdadeira regra. Para entender a construção do autor é preciso entender a forma de aplicação de princípios e regras. De início, alerta-se que o autor adota a teoria da norma como gênero, sendo princípios e regras espécies normativas (Silva, 2009). Também é adotado a distinção de aplicação entre as espécies, conforme preleciona o autor:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõe deveres) definitivos, ao passo que

no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. (SILVA, 2009, p. 168).

Também é importante alertar que o autor adota a premissa teórica de Robert Alexy (2007) segundo o qual os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Essa assertiva é confirmada nas palavras do doutrinador:

Com isso, conclui-se este capítulo, que pretendia expor, brevemente, um dos pressupostos teóricos do presente trabalho. O mais importante, neste ponto, era fixar conceitos. Assim, sempre que se mencionar o conceito de *princípio*, neste trabalho, deverá ser ele compreendido como *mandamento de otimização*, ou seja, como normas que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*. Não se fará, portanto, referência a *princípio como disposição fundamental de um sistema*, ou algo semelhante. O mesmo vale para as *regras*: quando mencionadas, estarão sempre em contraposição aos princípios, ou seja, como normas que garante direitos ou impõe deveres *definitivos*. (SILVA, 2009, p. 63).

Portanto, o autor não refuta a forma de aplicação dos princípios como mandamentos de otimização aplicáveis pelo sopesamento, nem a forma de aplicação das regras, aplicáveis pela subsunção. No entanto, no que se refere a resolução do embate de princípios e regras, há uma diferenciação em relação à Robert Alexy. Isso por que, para Alexy, no embate entre regras e princípios, o interprete deve se valer do princípio que sob o qual se baseia a regra para que seja possível o sopesamento dos princípios. No entanto, esse modelo gera insegurança jurídica, já que permite ao interprete sempre invocar princípios, se entender que o princípio é mais importante que o princípio que embasa a regra, nas palavras do autor:

Ela é problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica. (SILVA, 2009, p. 62).

O autor entende que nesses casos, o sopesamento já foi realizado pelo legislador e a proporcionalidade se revela como regra. Logo, no embate entre as regras e o princípio, deverá prevalecer a regra que revela a proporcionalidade levada a cabo democraticamente pelo órgão legislativo. Essa construção ainda é possível nos casos em que a regra, já sopesada, revela-se incompatível com um preceito constitucional. O autor exemplifica:

Um caso muito frequente nesse sentido é o levantamento dos valores da conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço/FGTS para pagar o tratamento de saúde de um dependente do titular da conta. A Lei 7.670/1988, em seu art. 1º, II autorizava esse levantamento para os casos em que o titular da conta era portador do HIV. A partir de determinado momento os juízes passaram a se deparar com pedidos de levantamento dos valores para o pagamento do tratamento de seus dependentes. A regra prevista na lei não poderia ser aplicada ao caso, já que não previa o benefício para a regra que restringia o uso do dinheiro do FGTS. Com base nessa ideia, muitos juízes passaram a permitir o levantamento dos valores, mesmo contra a regra legal.

Como se percebe, essa estratégia pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, mas quando muito em uma primeira decisão, que, ao menos inicialmente, é uma decisão contra legem. Não é, contudo, um sopesamento que se repete a cada decisão. Isso porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, cria-se uma regra que institui exceção à regra proibitiva. (SILVA, 2009, p. 52).

Percebe, portanto, que a proporcionalidade é fundamento da criação de uma exceção à regra, e uma vez, criada a exceção, a aplicação se dá pela subsunção. Nessa perspectiva, a proporcionalidade assume a natureza de regra jurídica aplicada como subsunção sempre que o suporte fático se repetir. O autor cita ainda o crime de bagatela. O crime de bagatela é aquela cuja a insignificância da conduta justifica a não reprimenda constitucional. O crime de bagatela de íntima relação com a proporcionalidade, segundo Gomes:

Conceito de Infração Bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante”. (GOMES, 2013, p. 50)

Sobre tal princípio o STF no julgamento do Habeas Corpus 84412/SP estabeleceu a seguinte fórmula de aplicação do princípio da insignificância:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que

deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. STF - HC: 84412 SP – SÃO PAULO 0001935-07.2004.0.01.0000, Relator: Min. CELSO DE MELO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-19/11/2004.

Nesse julgado, é possível perceber que o Tribunal criou regras de aferição da insignificância. Dessa forma, o juiz ao identificar tais parâmetros deve afastar a tipicidade. Em outras palavras; atendido o suporte fático, a proporcionalidade deve ser aplicada como de forma afastando a tipicidade da conduta. Sob essa perspectiva, a proporcionalidade tornou-se regra, pois criou exceções taxativas devendo ser aplicada integralmente, não havendo que se falar em sopesamento, mas sim subsunção.

Dessa forma, sob a ótica do autor, a proporcionalidade sempre que revelar-se em uma regra imposta pela instância legislativa ou ainda em uma exceção criada pela atividade judiciária, mormente em decisões vinculantes, será tratada como regra cuja aplicação se dá pela subsunção.

4.4 A PROPORCIONALIDADE EM HUMBERTO ÁVILA

Em seu livro Teoria dos Princípios, o professor Humberto Ávila, traz importantes considerações críticas do que chamou de modismo da doutrina em diferenciar princípios e regras como se existisse uma unanimidade, sendo comum encontrar por aí alegações como, princípios são normas mais abstratas do que regras que tem maior concretude. Humberto Ávila

não concorda com essa ideia, e explora mais criticamente o que alguns entusiastas chamam de Estado Principiológico.

O ilustre jurista brasileiro crítica as noções comumente difundidas pela doutrina acerca dos princípios e das regras jurídicas, especialmente aquelas calcadas nas concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, alegando falta de clareza conceitual na manipulação das espécies normativas, com critérios frágeis, que sempre dependente do interprete.

Ávila se opõe ao critério do tudo ou nada das regras, dizendo que há casos em que as regras podem sim serem aplicadas em partes, e no tocante aos princípios propõe um modelo de explicação desta espécie normativa, mas através de uma ponderação estruturada no seu processo de aplicação, com método. Coloca em dúvida portanto, os conceitos comumente aceitos até então por grande parte da doutrina, nas palavras de Ávila:

Será mesmo que todas as espécies normativas comportam-se como princípios ou regras? Será mesmo que as regras não podem ser objeto de ponderação? Será mesmo que as regras sempre instituem obrigações peremptórias? Será mesmo que o conflito entre as regras só se resolve com a invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção a uma delas? Este trabalho não só responde a essas e outras tantas perguntas que surgem na análise da distinção entre princípios e regras, como apresenta um novo paradigma para a dissociação entre princípios e regras, como apresenta um novo paradigma para a dissociação e aplicação das espécies normativas (ÁVILA, 2018, p. 46)

Em sua análise, afirma que é possível propor uma distinção melhor definida entre regras e princípios. De forma a trazer uma maior diferenciação entre elas, explica que as regras têm um componente descritivo de comportamentos, com obrigações, proibições e permissões, ao contrário dos princípios, que apenas apontam para um estado de coisas, que preveem direções de comportamentos genéricos, sem especificar o comportamento que deve ser adotado. Indicando que esta diferenciação ocorra através de três perspectivas: a comportamental (regra), a finalística (princípio) e a metódica (postulado).

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que características dianteira das regras é a previsão do comportamento. (ÁVILA, 2018, p. 95)

Na sua teoria dos princípios Ávila desenvolve a tese em que há normas de primeiro e segundo grau, as de primeiro se subdividem em regras e princípios e funcionariam como normas-objetos da aplicação; e as de segundo grau se subdividem em postulados

hermenêuticos, ou postulados normativos aplicativos, e seriam normas-métodos de aplicação. De forma que, no momento da aplicação do direito, ocorreria o fenômeno da aplicação das normas de primeiro grau, por meio das normas de segundo grau. Na definição de Humberto Ávila:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, que no modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente por que se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com as outras normas. (ÁVILA, 2018, p. 164)

Na teoria normativa do autor o uso do termo postulado da proporcionalidade, para esta roupagem diferenciada sobre o que até então denominava-se simplesmente as regras e os princípios, ganha com ele nova versão.

De forma que, deve ser tratada separadamente a norma abstrata do ordenamento jurídico (regras e princípios), e os postulados normativos (metanorma) que serviriam para solucionar questões que surgem em casos concretos, nas palavras do autor as normas de segundo grau:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. (ÁVILA, 2018, p.164).

Assim em suas críticas, o autor brasileiro afirma que o princípio da proporcionalidade não seria necessariamente um princípio como comumente conhecido pela doutrina clássica, mas sim, um método de aplicação de normas aos casos concretos quando necessário, portanto mais limitado quando da utilização pelo intérprete que não pode em seu exercício interpretativo agir de forma ilimitada. Nas palavras de Ávila: “a proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, senão vejamos:

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional

concretizado. Compreender “provisória” como permanente, “trinta dias” como mais de trinta dias, “todos os recursos” como alguns recursos, “ampla defesa” como restrita defesa, “manifestação concreta de capacidade econômica” como manifestação provável de capacidade econômica, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. (ÁVILA, 2018, p.54)

O postulado da proporcionalidade em Humberto Ávila, decorre da construção crítica do mesmo a respeito do método de diferenciação entre princípios e regras, tão importantes para o direito contemporâneo em tempos de neoconstitucionalismo e pós positivismo, a proporcionalidade é o postulado mais comumente invocado para viabilizar a aplicação de regras e princípios no direito pátrio, especialmente em casos de conflito e colisão:

Neste sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio. O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. (ÁVILA, 2018, p. 206 - 207).

De forma que se incluem os postulados, como uma terceira espécie normativa ao lado dos princípios e das regras, como norma de aplicação de outras normas, chamado de meta normas, uma espécie de critério de aplicação das normas aos casos concretos, para serem considerados tanto para os princípios como para as regras, assim foi no caso em destaque:

RE 592148 ED - Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 25/08/2009 - Publicação: 11/09/2009

Ementa:

MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA (LEI Nº 9.430/96) PARA REVOGAR, DE MODO VÁLIDO, A ISENÇÃO ANTERIORMENTE CONCEDIDA PELA LC Nº 70/91 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL - A QUESTÃO CONCERNENTE ÀS RELAÇÕES ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO HIERÁRQUICO-NORMATIVO ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - ESPÉCIES LEGISLATIVAS QUE POSSUEM CAMPOS

DE ATUAÇÃO MATERIALMENTE DISTINTOS - DOCTRINA - PRECEDENTES (STF) - INAPLICABILIDADE, AO CASO, DA DOCTRINA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRETENSÃO QUE, EXAMINADA NOS "LEADING CASES" (RE 377.457/PR E RE 381.964/MG), NÃO FOI ACOLHIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA, QUE ENTENDE CABÍVEL, TENDO EM VISTA AS PECULIARIDADES DO CASO, A OUTORGA DE EFICÁCIA PROSPECTIVA - CONSIDERAÇÕES DO RELATOR (MIN. CELSO DE MELLO) SOBRE OS POSTULADOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DOS CIDADÃOS EM SUAS RELAÇÕES COM O PODER PÚBLICO E, AINDA, SOBRE O SIGNIFICADO E AS FUNÇÕES INERENTES À SÚMULA DOS TRIBUNAIS - OBSERVÂNCIA, CONTUDO, NO CASO, DO POSTULADO DA COLEGIALIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Doutrina: De Direito Constitucional. 9. ed. Saraiva, 2005. p. 146-148, item 5.2. ATALIBA, Geraldo. Lei Complementar na Constituição. RT, 1971. p. 58. ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 2. ed. Saraiva, 2006. p. 134. BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. Dialética, 2005. p. 105

Como no julgado acima, o princípio da proporcionalidade aplicado na visão de Humberto Ávila como postulado, é muito difundido e muito utilizado pelo STF e no direito pátrio, ainda que tenha na doutrina diferentes terminologias e diferenças conceituais aqui e ali, trata-se de um importante elemento de aplicação da justiça. Senso pacífico entre os autores a necessidade do juiz, adepto a uma ou outra corrente teórica, sempre fundamentar expressamente o emprego da proporcionalidade nas decisões judiciais.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se que o neoconstitucionalismo trouxe mudanças profundas na forma como as Constituições devem ser observadas, alterando com isso como as relações entre Estado e Sociedade na forma em que devem ser construídas.

Sob esse viés, a Constituição passa a não ser um documento de conteúdo abstrato e meramente principiológico, tomando forma de verdadeira fonte de direito capaz de fundamentar demandas subjetivas, mormente aquelas que objetivam direitos fundamentais.

Sob essa necessidade de aproximação, o princípio da proporcionalidade revela-se como instrumento capaz da verificação de compatibilidade dos atos do Poder Público com a Constituição. No entanto, da importância do instituto e da ampla utilização pelo judiciário brasileiro, não há consenso sobre a natureza jurídica do princípio entre alguns doutrinadores. Apesar desse dissenso, é possível concluir que muitos doutrinadores partem da doutrina de

Robert Alexy, segundo o qual princípios são mandamentos de otimização, sendo que a proporcionalidade é uma forma de verificar a racionalização das decisões do Poder Público.

Nesse contexto, Barroso parte do conceito da proporcionalidade do referido autor, no entanto, no que tange ao subprincípio da necessidade, ou referido autor assevera ser sinônimo do princípio da razoabilidade. Para Virgílio Afonso da Silva, a proporcionalidade é tratada nos mesmos termos de Robert Alexy, no entanto, o princípio se torna regra nas hipótese em que já houve o sopesamento pelo órgão legislativo ou por decisões judiciais nos caso em que se estabelece exceções a lei já imposta.

E por fim, Humberto Ávila, é o autor que mais destoa na noção de Robert Alexy, na medida em que o princípio da proporcionalidade seria uma norma de segundo grau, cuja função é racionalizar a aplicação de outras normas. Por fim, apesar do dissenso doutrinário, observa-se que o princípio da proporcionalidade tem uma função bem definida, qual seja, verificação da racionalidade e adequação constitucional dos atos do Poder Público.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal- STF - HABEAS CORPUS : HC 9998493-51.2014.1.00.0000 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1.00.0000**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772396220/habeas-corpus-hc-124306-rj-rio-de-janeiro-9998493-5120141000000/inteiro-teor-772396227>. Acesso em 12/12/2020

BRASIL. **HC 84412. Órgão julgador: Segunda Turma.** Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 19/10/2004. Publicação: 19/11/2004. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordados&sinonimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 12/12/2020.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra, Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.