

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

ADRIANA FASOLO PILATI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati Scheleder; Juraci Mourão Lopes Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-760-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O Grupo de Trabalhos “Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico” apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI contou com pesquisadores das mais diversas localidades do país, representadas pelos variados programas de pós-graduação stricto sensu. Os trabalhos trouxeram reflexões sobre múltiplos aspectos afetos ao tema, com enfoques próprios e muitas vezes complementares.

Houve trabalhos ocupados da análise crítica de julgamentos, aplicando conceitos e abordagens próprios do nível profundo de teorização do Direito a fim de evidenciar equívocos subjacentes às decisões. Em abordagem complementar, foram verificadas pesquisas ocupadas de um modo geral com o ativismo judicial e a judicialização da política, articulando conceitos e parâmetros gerais para construção de referencial adequado para compreensão de fenômeno bastante presente na realidade nacional atual. É possível apontar, pois, esses dois temas como centrais das discussões realizados no grupo.

A teoria dos princípios, especificamente, bem como a revisão, aplicação e detalhamento do pensamento de autores com Herbert Hart, Ronald Dworkin, Walter Benjamin, Luigi Ferrajoli e Karl Popper tiveram espaço em textos que demonstram o amadurecimento das discussões sobre suas ideias e a aplicação do referencial para o enfrentamento de questões teóricas e mesmo dogmáticas. Evidencia-se, assim, um maior grau de precisão nas reflexões desenvolvidas a cada ano no Brasil.

Os debates ocorridos após as apresentações levantaram questões correlatas àquelas tratadas expressamente, suscitaram dúvidas prontamente respondidas, indicaram melhorias, reforçaram e conformaram hipóteses. Os leitores dos trabalhos ora publicados terão oportunidade própria, portanto, de também poderem ampliar seus horizontes e perspectivas.

Boa leitura a todos.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder – UPF

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA UMA DECISÃO RACIONAL

PROPORTIONALITY AS AN INSTRUMENT FOR A RATIONAL DECISION

Thaise Maria Neves Duarte Pacheco ¹

Resumo

O presente artigo se dedica à análise da proporcionalidade como instrumento racional de resolução de conflitos entre princípios e meio hábil à mitigação de decisões arbitrárias no cenário de ampliação constitucional contemporâneo. Para a melhor compreensão da importância da temática, o artigo promove a análise da estrutura da proporcionalidade, o estudo das objeções mais contundentes destinadas à regra e, por fim, dedica-se a alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que a proporcionalidade foi utilizada como instrumento para a decisão, a fim de verificar a aplicação da regra pela suprema corte brasileira.

Palavras-chave: Proporcionalidade, Ponderação, Decisionismo, Robert alexy, Racionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present article focuses on the analysis of proportionality as a rational instrument for resolution of conflicts between principles and means capable of mitigating arbitrary decisions in the scenario of contemporary constitutional expansion. For a better understanding of the importance of the subject, the article promotes the analysis of the structure of proportionality, the study of the most compelling objections to the rule and, finally, it is dedicated to cases judged in the Supreme Federal Court in which proportionality was used as instrument for the decision, in order to demonstrate the application of the rule by the supreme Brazilian court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Proportionality, Balancing, Decisionism, Robert alexy, Rationality

¹ Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS.

1 INTRODUÇÃO

A proporcionalidade está intimamente relacionada à compreensão de justiça, sendo reiteradamente invocada pelo judiciário como instrumento para a resolução de questões envolvendo a colisão entre princípios, no entanto, verifica-se inexistência de rigor técnico na aplicação da regra da proporcionalidade e em sua compreensão como instrumento hábil a garantir racionalidade e segurança jurídica às decisões judiciais.

O presente artigo se dedicará a conceituar a regra da proporcionalidade e analisar a sua estrutura interna como ferramenta do processo decisório judicial destinado à resolução das questões envolvendo a colisão de princípios.

A partir da compreensão da estrutura da proporcionalidade, verificar-se-á brevemente a aplicação da regra da proporcionalidade em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente escolhidos em razão das críticas recebidas pela doutrina a tais julgados, em decorrência da má aplicação da regra da regra da proporcionalidade.

A temática objeto do estudo ganha relevância destacada em recorrência das constantes referências à regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e das críticas direcionadas ao subjetivismo das decisões da suprema corte que fazem referência à utilização da proporcionalidade.

A pesquisa utiliza-se do método de abordagem indutivo, através de técnica de pesquisa bibliográfica e documental, na qual pretende-se concluir pela importância da regra da proporcionalidade como método de decisão racional para a resolução das demandas judiciais que envolvam a colisão entre princípios e que as críticas destinadas à aplicação da regra se sustentam na má utilização da regra, de forma geral.

2 A PROPORCIONALIDADE E A JUSTIÇA.

Desde Aristóteles a proporcionalidade é associada ao conceito de justiça, como medida para distribuição dos bens e recompensa dos méritos. (SCHLINK, 2012, p. 719) A regra da proporcionalidade, no entanto, possui uma estrutura mais sofisticada e se destina ao deslinde dos problemas envolvendo a colisão de direitos fundamentais.

Uma das questões nucleares atinentes à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy diz respeito à diferença entre regras e princípios, segundo Alexy, tal distinção possui caráter central para a resolução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais,

demonstrando-se importante para o debate acerca da racionalidade e de seus limites na aplicação dos direitos fundamentais, (ALEXY, 2011, p. 85) e, portanto, possui caráter fundamental, também na aplicação da proporcionalidade.

Segundo a compreensão de Robert Alexy, as regras e os princípios são normas que podem ser distinguidas por diversos critérios, enquanto as regras são dotadas de maior especialidade, constituindo-se como mandamentos definitivos a serem aplicados através da subsunção, os princípios são dotados de maior generalidade, funcionando como mandamentos de otimização que devem ser aplicados na maior medida do possível no que se refere às suas possibilidades fáticas e jurídicas. (ALEXY, 2015b, p. 11)

A distinção entre regras e princípios fica mais evidente quando verificada em casos de conflito entre regras ou colisão entre princípios. Enquanto o conflito entre regras é solucionado através da declaração de invalidade de uma das regras, ou da inclusão de uma cláusula de exceção que elimine o conflito (ALEXY, 2011, p. 92), os princípios, quando colidentes, mantêm sua plena validade no plano constitucional (BARAK, 2012, p. 740) demandando que seja realizado um exercício de ponderação. A ponderação se destina a verificar qual dos princípios possui precedência em relação ao outro, estabelece-se, portanto, qual dos princípios “possui maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 2011, p. 92). No que se pode concluir que os conflitos entre princípios não se resolvem na dimensão da validade, ao contrário das regras, e sim, na dimensão do peso. (BUSTAMANTE, 2006b, p. 82)

A concepção de princípios como mandamentos de otimização está intimamente relacionada à proporcionalidade (ALEXY, 2015b, p. 11), que pode ser entendida como uma decorrência natural da estrutura normativa proposta pela teoria dos princípios. Robert Alexy entende a regra da proporcionalidade como uma consequência da previsão de direitos fundamentais como princípios, de modo que os direitos fundamentais seriam o fundamento constitucional para a proporcionalidade (SCHLINK, 2012, p. 729). O entendimento de Robert Alexy é decorrência da compreensão de que o exercício da ponderação é o meio adequado para a resolução do conflito entre direitos fundamentais. (HECK, 2000, p. 75)

A proporcionalidade, neste contexto, efetiva-se como uma regra de aplicação e interpretação do direito, embora reiteradamente referida como um princípio, a proporcionalidade não guarda qualquer similitude com o conceito de princípios trazido pela teoria dos direitos fundamentais, uma vez que a proporcionalidade não objetiva a realização de uma medida na maior forma do possível, não sendo, portanto, objeto de otimização. A proporcionalidade não será ponderada em relação a outro princípio, e sim, será satisfeita ou não

satisfeita no caso concreto, caracterizando-se, portanto, como uma regra, assim como os chamados princípios parciais da proporcionalidade também são, de fato, regras. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239)

A regra da proporcionalidade, na forma como é concebida, nasceu da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão como uma estrutura de racionalidade definida por elementos independentes aplicados em uma ordem pré-ordenada que objetivam conferir racionalidade ao processo decisório envolvendo a colisão entre princípios e a limitação de direitos fundamentais. (SILVA, 2002, p. 30)

A regra da proporcionalidade, através da realização de suas regras parciais da idoneidade ou adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, impõe que não ocorram restrições aos direitos fundamentais sem a rigorosa verificação da proporcionalidade da medida, evitando, desta forma, decisões desproporcionais e atuando pela proteção dos direitos fundamentais através da inserção de um modelo racional de resolução das questões envolvendo colisão de princípios.

3 A ESTRUTURA DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

A regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras: a idoneidade ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação. As sub-regras da proporcionalidade possuem uma relação de subsidiariedade e complementariedade entre si, relacionando-se em uma ordem pré-definida, de modo que se determinada medida falha no teste da idoneidade ou adequação, esta não pode ser considerada como uma medida proporcional, não sendo sequer objeto de verificação das demais regras parciais.

3.1 Idoneidade ou Adequação

A regra da idoneidade ou adequação se propõe a verificar se a intervenção em um direito fundamental promove a realização do outro bem jurídico tutelado pela constituição. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). O teste de adequação, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, consiste, na conclusão de que uma medida apenas será considerada idônea quando contribuir ou fomentar de alguma forma a realização do objetivo pretendido. (2002, p. 37)

Deste modo, uma medida será proporcional apenas se os meios realmente forem hábeis a contribuir para a realização de seus fins. Não há que se questionar, para a verificação da

idoneidade da medida, o quão ela contribui para a realização de um fim pretendido, mas tão somente a sua aptidão para a promoção do fim pretendido, no entanto, se a medida ou ação falha completamente na realização do fim, ela não pode ser considerada uma medida adequada, e neste caso, falha no teste da proporcionalidade já na etapa da idoneidade ou adequação. (SCHLINK, 2012, p. 723)

3.2. Necessidade

Conforme analisado anteriormente, verificar a idoneidade ou adequação de uma medida significa declarar que ela é hábil ao resultado pretendido, o que não implica, necessariamente, que seja a única medida possível para a realização do fim proposto, podendo haver medidas alternativas igualmente adequadas e que restrinjam em menor grau o direito fundamental colidente. (SCHLINK, 2012, p. 724)

O exame da regra parcial da necessidade consiste na comparação da existência de uma medida que obtenha o mesmo grau de idoneidade para a realização do fim pretendido, mas que intervenha com menor intensidade no direito fundamental ou no bem jurídico constitucionalmente tutelado colidente. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245).

Embora o exame da adequação ou idoneidade e o exame da necessidade digam respeito à análise fática e empírica da regra da proporcionalidade, ambos se distinguem uma vez que, enquanto o princípio da adequação ou idoneidade é absoluto, de modo a identificar se a medida é apta à promoção do fim pretendido ou não, o subprincípio da necessidade consiste em uma análise comparativa entre as medidas aptas à realização do fim a ser promovido, preferindo àquelas que restrinjam em menor grau os princípios colidentes em detrimento daquelas que apresentem maior grau de intervenção.

3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: a ponderação

A terceira regra parcial da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido restrito ou ponderação, que expressa a otimização de um princípio em relação às possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015b, p. 12) A regra parcial da proporcionalidade em sentido restrito possui identidade com a denominada “lei da ponderação”.

A ponderação como regra parcial da proporcionalidade requer a correta relação entre os benefícios sociais da realização da medida e os benefícios sociais da permissão da limitação

de um direito constitucional. (SCHLINK, 2012, p. 744). A proporcionalidade em sentido restrito consiste na compreensão de que “quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”, (ALEXY, 2015b, p. 12) o que se caracteriza como a primeira regra da ponderação.

A lei da ponderação se realiza em três etapas: a primeira verifica o grau de não realização ou o prejuízo de determinado princípio, a segunda diz respeito à análise da importância da realização do princípio em sentido contrário, e a terceira verifica se a importância da realização de um princípio justifica o grau de intervenção ou prejuízo do princípio colidente. (ALEXY, 2015a, p. 111). Ressalta-se que para a realização da proporcionalidade, a atribuição de graus de importância da realização de um princípio ou de intervenção no princípio contrário constitui elemento central da racionalidade da decisão, assim como a justificação da escolha de tais medidas.

Questiona-se, no entanto, a racionalidade envolvida na atribuição de graus às etapas da ponderação, sob o argumento de que o exercício da proporcionalidade em sentido restrito seria essencialmente irracional e subjetivo. A racionalidade da ponderação, no entanto, é defendida por Robert Alexy através da “fórmula peso”.

Para a atribuição de graus de intensidade à intervenção no princípio (P_i) e de importância do cumprimento do princípio contrário (P_j), Alexy propõe uma escala triádica, cujos graus a serem atribuídos serão leve, médio ou grave. A fórmula objetiva garantir racionalidade ao processo de definição da proporcionalidade entre o grau de intervenção em determinado princípio e o grau de importância do princípio contrário que é representada pela seguinte formulação (LEIVAS, 2015, p. 98):

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Onde $G_{i,j}$ representa o peso concreto entre o grau de intervenção em um princípio, representado por I_i e o grau de importância do princípio colidente, representado por I_j . Para a realização da análise do grau de intervenção através da escala triádica de atribuição de pesos, Robert Alexy prevê uma escala geométrica, atribuindo peso 1 para leve, peso 2 para médio e peso 4 para grave intervenção ou importância dos princípios colidentes.

Se o resultado da formulação for superior a um, então a satisfação do princípio P_i terá primazia sobre o grau de intensidade na intervenção no princípio P_j . Se o resultado for menor que 1, P_j tem primazia sobre P_i .

A justificação da atribuição de graus aos princípios deve ser pautada pelas regras da argumentação jurídica e pela racionalidade na justificação, sobretudo porque as premissas utilizadas devem ser compreendidas de modo a serem utilizadas na resolução de casos semelhantes.

Cabe ressaltar que a fórmula estabelece que um princípio jurídico possui precedência sobre o outro no caso concreto, sem, contudo, importar em afetação na esfera de validade dos princípios colidentes. Da colisão entre os dois princípios e do exercício da proporcionalidade nasce uma regra que estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes. (BUSTAMANTE, 2006a, p. 6).

4. A PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA UMA DECISÃO RACIONAL

Diversas críticas são desferidas contra a proporcionalidade, sobretudo contra a regra da ponderação, a maior parte das críticas destina-se à possibilidade de revisão pelo poder judiciário das medidas legislativas, o que seria lesivo à democracia. Outra crítica constantemente proferida diz respeito à excessiva discricionariedade envolvida na atribuição de graus e pesos aos princípios colidentes, e concluem que a proporcionalidade prejudica a segurança jurídica e a proteção dos direitos humanos. (BARAK, 2012. p. 750)

Na concepção de Bernhard Schlink, por exemplo, atribuir pesos ao conflito de princípios, direitos e valores, e compará-los implica em um intransponível componente de subjetividade, uma vez que os parâmetros utilizados para a atribuição de pesos não poderiam ser universalizáveis. (2012, p. 725)

Os críticos à teoria defendem, ainda, que a proporcionalidade, como ferramenta de resolução da colisão entre princípios pelo poder judiciário, fere o princípio democrático, por entender que a proporcionalidade é função do legislador, legitimado constitucionalmente a realizá-la, e o juiz ao realizar o exercício da ponderação age em desacordo com a sua legitimidade constitucional e com o princípio da separação dos poderes. (BARAK, 2012, p. 750)

Apesar das críticas, Aharon Barak defende que os opositores da regra da proporcionalidade não apresentam alternativas que se demonstrem melhores estruturadas do que as apresentadas pela regra, defendendo, ainda, que os críticos não conseguem demonstrar prejuízos efetivos ou que a regra da proporcionalidade seja menos legal do que a utilização de outro modelo para a resolução de questões que envolvam colisão entre princípios. (BARAK, 2012, p. 751)

No que diz respeito à ruptura com o princípio democrático pela aplicação da ponderação pelo judiciário, Aharon Barak adverte que a legitimidade do judiciário para conduzir a revisão judicial com o objetivo de garantir o cumprimento dos princípios constitucionais é corolário dos textos constitucionais modernos. De modo que, na compreensão de Aharon Barak (2012, p. 751), a ponderação realizada pelo judiciário salvaguarda a democracia e a separação dos poderes, assegurando que nenhuma limitação aos direitos fundamentais seja desproporcional.

O que se evidencia é que, diante dos modelos constitucionais contemporâneos, marcados pela ampliação constitucional material, verificou-se uma alteração na organização judicial. Os princípios consagrados pelas constituições, dotados de generalidade, passaram a conceder aos tribunais constitucionais uma plenitude de poderes, que não são suportadas pelo modelo jurídico. Neste cenário, a constituição perde o seu status de “constituição quadro” ruindo a compreensão de uma ordem parlamentar-legislativa, através da promoção de uma ordem Estado-jurisdição ou jurídico-constitucional. (ALEXY, 2003, p. 54 -55)

Há que se evidenciar, no entanto, que a previsão constitucional de direitos fundamentais limita, por si só, a atuação do legislador, uma vez que este não está legitimado a agir em contrário aos direitos fundamentais consagrados pela constituição. Neste contexto, verifica-se que o exercício de ponderação realizado pelos tribunais constitucionais não está no nível infraconstitucional, e sim em nível constitucional. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 300) O que, no entanto, não elimina a compreensão da evidente expansão da atividade jurisdicional, que estaria invadindo o espaço destinado ao legislador.

Diante da necessidade de equalizar o problema da constitucionalização da ordem jurídica com a proteção efetiva dos direitos fundamentais, Robert Alexy propõe a dogmática dos espaços como o modelo apto a garantir a constitucionalização adequada.¹

¹ A constitucionalização adequada seria o equilíbrio entre as denominadas constituições-quadro e ordenações fundamentais. A constituição-quadro seria o modelo constitucional segundo o qual o constituinte ordenou e proibiu expressamente algumas coisas, sendo que aquilo que não foi proibido ou ordenado pelo constituinte ficou permitido ao legislador infraconstitucional. A ordenação fundamental, em sua concepção quantitativa, no

Na concepção de Alexy, a dogmática dos espaços, capaz de solucionar os problemas da constitucionalização, descansa sobre duas colunas: os espaços estruturais, que apregoam a limitação do conteúdo material da constituição, caracterizados pela ausência de mandamentos e proibições definitivos; e os espaços epistêmicos, que justificam a transferência limitada de jurisdição constitucional aos tribunais especializados, em razão de caracterizarem-se como os espaços onde reside a dúvida acerca dos limites da constituição. (ALEXY, 2015a, p. 92)

A compreensão que decorre da dogmática dos espaços é a de que tudo aquilo que está inserido em tais espaços não está sujeito ao controle jurisdicional constitucional, no entanto, tudo aquilo que não está compreendido por tais espaços se submete ao controle jurisdicional material. Desta forma a legitimidade da ponderação pode ser respondida através da dogmática dos espaços e da representação argumentativa da jurisdição. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 318)

No que se refere à legitimidade jurisdicional para a ponderação, evidencia-se a estipulação de critérios objetivos para a sua atuação através das teorias apresentadas. De modo que a ponderação deve ser pautada pela argumentação jurídica a fim de que se garanta a racionalidade da decisão e a justificação capaz apoiar as premissas utilizadas garantindo o caráter democrático também através da atuação judicial. O fato de os juízes não serem eleitos, e, portanto, não serem diretamente escolhidos pelo povo, não retira o caráter democrático da ponderação judicial, nem, tampouco, a sua legitimidade para a proteção dos direitos fundamentais. (BARAK, 2012, p. 751)

Evidencia-se, a partir do analisado, que a proporcionalidade consiste em um modelo racional de justificação jurídica, segundo o qual se objetiva conferir maior grau de racionalidade à resolução dos casos de colisão entre princípios, afastando eventual decisionismo.

Observa-se, no entanto, que muitas das críticas direcionadas à proporcionalidade decorrem de sua má aplicação ou da ausência de rigor técnico em sua utilização, seja pela não realização completa do princípio ou pela ausência de justificação das premissas apoiadoras da construção do raciocínio jurídico. A ausência de rigor na aplicação da proporcionalidade é reiteradamente observada nos tribunais superiores brasileiros onde a proporcionalidade frequentemente é tida como sinônimo do princípio da razoabilidade, gerando incorreções na aplicação da regra em decisões judiciais. (SILVA, 2002, p. 28)

entanto, seria o modelo constitucional em que nada seria liberado, havendo uma proibição um mandamento para tudo. (ALEXY, 2015a. p. 77)

5 BREVE ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A proporcionalidade tem sido frequentemente invocada como justificção para as decises proferidas pelas cortes superiores, consulta à pesquisa jurisprudencial do site do Superior Tribunal de Justia, por exemplo evidencia que o termo proporcionalidade foi utilizado em 147.600 decises monocráticas e em 9.874 acórdãos, a mesma pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal revela que a proporcionalidade foi referida em 1.101 acórdãos.²

Os dados revelam a excelente aceitação dos tribunais superiores em relação à regra da proporcionalidade, no entanto, pesquisa mais apurada nas decises que invocaram a aplicação da regra da proporcionalidade revela a ausência de rigor técnico e a imprecisão no uso da regra pelos tribunais.

Em artigo dedicado ao tema, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 28) evidencia que a expressão proporcionalidade frequentemente é utilizada como sinônimo da razoabilidade, no entanto, explica que a razoabilidade não passa de um cânone interpretativo, enquanto a proporcionalidade é dotada de estrutura complexa, com etapas bem elaboradas e pré-definidas e que guarda intenso rigor técnico para a sua realização.

As críticas realizadas por autores brasileiros que se dedicam ao estudo da proporcionalidade evidenciam que frequentemente a proporcionalidade é invocada sem a correta realização de suas regras parciais, sendo utilizada, portanto, para a fundamentação das mais variadas decises, nem sempre racionalmente adequadas ou fundamentadas. Conforme se propõe verificar:

5.1 Caso Ellwanger

O caso Ellwanger é analisado pela doutrina como um caso prático da má aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. (STRECK, 2011, p. 12), (MORAIS, 2013, p. 144) Trata-se de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus impetrado pelo Sr. Siegfried Ellwanger, condenado pelo Tribunal de Justia do estado do Rio Grande do

² Dados coletados através dos sites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justia, Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?base=baseAcordaos&base=baseRepercussao&url=&txtPesquisaLivre=proporcionalidade>> e <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>, respectivamente.

Acesso realizado em 18 de julho de 2018.

Sul, após ter sido julgado inocente em primeira instância, por escrever, editar, vender e distribuir livros que faziam apologia ao preconceito e discriminação contra a comunidade judaica.

Siegfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática de crime tipificado pelo artigo 20 da Lei 7.716/89 que pune a prática de incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O tribunal gaúcho, aplicou, ainda, a imprescritibilidade da conduta praticada pelo réu, prevista pelo artigo 5º, XLII da Constituição Federal que prevê que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

Em razão da condenação, o réu recorreu ao Supremo Tribunal Federal, através do Habeas Corpus 82.424/RS, alegando a defesa do seu direito de liberdade de expressão, e defendendo a impossibilidade de aplicação do artigo 5º, XLII da Constituição por não ter praticado crime de racismo, uma vez que os ataques aos judeus, admitidos pelo paciente, não se caracterizam como racismo uma vez que os judeus não poderiam ser compreendidos como uma raça. (STF, 2004, p. 5).

A proporcionalidade foi invocada, no julgamento, como forma de verificar quais são os limites constitucionalmente adequados ao exercício do direito fundamental de liberdade de expressão. (MORAIS, 2013, p. 144) Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio de Mello valeram-se da proporcionalidade em seus votos, defendendo a atipicidade da conduta realizada por Ellwanger, defendendo que a prática do réu estaria respaldada pela liberdade de expressão. (STRECK, 2011, p. 13)

No mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes também utilizou a proporcionalidade para defender voto divergente aos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello. O Ministro Gilmar Mendes demonstrou, através de seu voto, as etapas da proporcionalidade entendendo que a medida (condenação de Siegfried Ellwanger) se demonstrava adequada para alcançar o fim desejado, a salvaguarda uma sociedade pluralista, e tolerante.

Em relação ao exame da necessidade, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a necessidade da medida se justifica porque a sentença condenatória proferida seria o meio menos gravoso, inclusive, previsto constitucionalmente através da criminalização e da imprescritibilidade conferida à prática de racismo. (MORAIS, 2013, p. 144)

Na etapa da ponderação, Gilmar Mendes defendeu a intervenção no direito de liberdade de expressão de Siegfried Ellwanger, garantindo a preservação de valores inerentes a

uma sociedade pluralista e da dignidade humana. Razão pela qual votou pelo indeferimento do habeas corpus. (MORAIS, 2013, p. 144)

No entendimento de Lênio Streck (2011, p. 13) o caso Ellwanger demandava solução mais simplória do que a adotada pela suprema corte nas 488 páginas do acórdão, uma vez que no entendimento do autor não há que se falar em liberdade de expressão, uma vez que a liberdade de manifestação não abarcaria manifestações racistas como as realizadas por Siegfried Ellwanger. A inadmissibilidade de manifestações racistas decorre da criminalização do racismo.

Segundo Lênio Streck, os votos vencidos no referido julgamento, evidenciam as ameaças decorrentes da aplicação daquilo que denominou “teoria da argumentação alexyana à brasileira”, com desprezo ao rigor formal estabelecido pela regra da proporcionalidade, de modo que a proporcionalidade, através da ponderação, acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade. (2011, p. 13)

5.2 Caso da Pesagem dos Botijões de Gás

A ação direta de inconstitucionalidade - ADIN 855-2/PR foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio a fim de reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 10.248/93, editada pelo Estado do Paraná, que passou a exigir dos estabelecimentos que comercializavam Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, a pesagem dos botijões na presença dos consumidores.

O objetivo da medida era a preservação dos consumidores de possíveis alterações no conteúdo dos botijões, ressarcindo ou abatendo valores referentes à eventuais sobras dos botijões devolvidos ou faltas nos botijões comercializados.

A autora da ADIN alegou violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem realizar análise acerca das regras parciais da proporcionalidade. (SILVA, 2002. p. 38)

A regra da proporcionalidade também foi invocada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, como no voto do Ministro Menezes de Direito, que promoveu a análise de inconstitucionalidade mediante apreciação do objetivo da lei: a proteção do direito do consumidor, que, segundo o Ministro, seria alcançado pela medida. (STF, 2008, p. 155)

No entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o problema da lei decorreria da exigência de que houvesse uma balança nos caminhões que realizariam a comercialização dos

botijões de gás na residência dos consumidores. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes fez referência a parecer técnico realizado pelo *Inmetro*, que concluiu que a balança necessária para o tipo de pesagem seria extremamente sensível, e neste caso apresentaria desgastes que poderiam acarretar imprecisão na pesagem dos botijões por estarem localizadas nos caminhões e, portanto, sujeitas aos atritos do deslocamento dos veículos e a intempéries, (SILVA, 2002, p. 38).

A partir do parecer realizado pela instituição técnica, o Ministro concluiu que a medida – obrigatoriedade de pesagem de botijões na presença dos consumidores - demonstrar-se-ia insuficiente para proteção do direito do consumidor, (MORAIS, 2013, p. 192 - 194) razão pela qual entendeu que a medida falha no teste da proporcionalidade na primeira etapa, a adequação ou idoneidade, por não promover ou fomentar o objetivo da medida: a proteção do direito do consumidor.

Outro argumento trazido pelos ministros foi o de que a necessidade de pesagem dos botijões obrigaria o consumidor a deslocar-se até o caminhão para a realização do procedimento, inviabilizando o consumidor de adquirir o botijão distante do caminhão. (SILVA, 2002. p. 38)

O Ministro Cezar Peluso também se manifestou pela declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.248/93, entendendo que a pesagem dos botijões de gás seria inviável, razão pela qual demonstrava-se inadequada à realização do fim pretendido pela medida. (MORAIS, 2013, p. 192 - 194)

Deste modo, a lei foi declarada inconstitucional através da suposta aplicação do princípio da proporcionalidade, que concluiu que a lei era inadequada para a realização do fim pretendido. Conforme entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 38), os argumentos apresentados pelos ministros demonstraram-se insuficientes para declarar a inadequação da lei para a realização dos fins protegidos, e, portanto, a inconstitucionalidade do diploma legal.

O fato de a balança se desregular em razão das condições fáticas de transporte não é suficiente para declarar a medida completamente inadequada para a proteção do direito do consumidor – fim pretendido pela medida, no entendimento de Virgílio da Silva. (2002, p. 38). Da mesma forma que a necessidade de deslocamento do consumidor até o caminhão para a realização da pesagem dos botijões, por si só, não pode acarretar na conclusão da inadequação da medida para a proteção do direito do consumidor, ainda que possa ser considerada um incômodo. (SILVA, 2002, p. 38)

Conforme o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a Lei 10.248/93 equivocadamente foi reprovada no teste da regra parcial da idoneidade ou adequação, ainda que evidentemente a medida se demonstrasse adequada à promoção da defesa do consumidor, objetivo do referido diploma legal.

6 CONCLUSÃO

A proporcionalidade demonstra-se como método importante para a construção de decisões racionais que envolvam a colisão entre princípios, mitigando a discricionariedade do juiz ou das cortes constitucionais e servindo como importante instrumento de segurança jurídica, ao permitir que as decisões realizadas através do rigor da regra possam ser repetidas em casos similares.

A função da proporcionalidade e sua repercussão positiva ao sistema jurídico, no entanto, exigem o mais alto rigor técnico na aplicação da regra. A discricionariedade não pode ser entendida como uma ameaça aos direitos fundamentais e ao Estado democrático de direito, como sugerem muitos críticos à teoria, uma vez que é instrumento hábil a fortalecer os direitos fundamentais e a racionalidade das decisões judiciais, no entanto, estas características da regra da proporcionalidade evidenciam-se apenas mediante a sua correta aplicação.

Tão prejudicial quanto a inadequada utilização da regra é a ausência de justificação racional das premissas utilizadas e da ausência de justificação na atribuição de pesos aos princípios colidentes. É através da justificação racional da decisão, aliada à exatidão da aplicação da regra, que se demonstrará a racionalidade da proporcionalidade, a mitigação do subjetivismo e que se preservará os direitos fundamentais e o caráter democrático da constituição.

A ampliação dos direitos fundamentais constitucionalmente afirmados não pode demonstrar-se um problema jurídico, embora consista em um desafio ao Estado para sua concreta reafirmação.

A proporcionalidade, neste contexto, evidencia-se como importante instrumento para a reafirmação destes direitos fundamentais. Pressupondo, no entanto, maior comprometimento e rigor técnico dos operadores do direito, para que os objetivos da regra possam ser sentidos pela comunidade jurídica e pela sociedade, de forma geral, através de segurança jurídica e da efetiva preservação dos direitos fundamentais.

7 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

ALEXY, Robert. **Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada**. Revista dos Tribunais, v. 809, p. 54-73, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Um Conceito não-positivista de Direitos Fundamentais**. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015b.

BARAK, Aharon. **Proportionality(2)**. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 54, p. 76-107, 2006a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista de Informação Legislativa. p. 76-107, 2006b. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92841/Bustamante%20Thomas.pdf>>
Acesso em 16 jul. 2018.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. Revista dos Tribunais, v. 781, p. 71-78, 2000.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A racionalidade da ponderação em Robert Alexy**. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013. 346 f. Tese de Doutorado (Direito Público) – Universidade do Vale dos Sinos – RS, São Leopoldo, 2013. [Orientador: prof. Dr. Lênio Luiz Streck]

SCHLINK, Bernhard. **Proportionality (1)**. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **As Recepções Teóricas Inadequadas Em Terrae Brasilis**. Revista dos Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10. p. 2-37, jul/dez 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em 18 jul. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23–50, 2002.

STF. **ADIN: 855-2 PR**. Relator: Octávio Gallotti. DJ: 26/03/2009, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

STF. **Habeas Corpus: 82424 RS**. Relator: Moreira Alves. DJ: 17/03/2004, 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 23 jul. 2018.