

1 INTRODUÇÃO

As normas constitucionais são consideradas como normas de direito fundamental, se inscritas na seção assim intitulada pela Carta Constitucional de 1988, bem como, quando forem garantidoras de direitos individuais ou refletirem normas de direitos fundamentais atribuídas, advindas de precedentes jurisprudenciais apoiados em normas “diretas” de direitos fundamentais.

Como se sabe, o caráter aberto das normas constitucionais, mormente no que tange os direitos fundamentais, enseja dificuldades de várias ordens. Estruturalmente, as normas de direito fundamental podem ser de dois tipos: regras ou princípios.

O Direito e o ordenamento jurídico se assentam em valores e interesses sociais relevantes que se projetam em princípios. Os direitos fundamentais, portanto, consistem em um conjunto de princípios, complementados por regras.

O conceito, delimitação, conteúdo essencial e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais podem variar segundo o conceito de princípio ou regras que se adote, assim como, são também as críticas às teorias da eficácia das normas constitucionais determinadas a partir desses conceitos.

Bem assim, o conceito de conflitos normativos é alvo de diversos debates doutrinários, especialmente no caso das colisões entre normas e contradições normativas. Por este motivo, é imperioso estudar o conflito normativo à luz do conflito entre regras e colisão entre princípios.

A análise da abordagem doutrinária das regras e princípios, bem como, da proporcionalidade é o objeto do presente trabalho, que aborda a temática trazendo o escopo de, revisitando o tema, estabelecer uma conclusão pela classificação mais adequada da proporcionalidade enquanto princípio ou regra.

Para atingir o fim acima delineado, incursiona-se, no primeiro capítulo, pela conceituação e lições doutrinárias acerca de princípios e regras e sua distinção, assim como, apresenta as lições de Robert Alexy acerca dos conflitos e colisões, para ao final, apresentar um compilado de lições doutrinárias acerca do tema.

No capítulo seguinte, discorre sobre a proporcionalidade, fazendo uma breve introdução histórica e, na sequência, apresentando o conceito e especificidades do princípio (regra da proporcionalidade), tratando, inclusive, dos seus subprincípios.

Reservando-se, no capítulo seguinte, a discorrer sobre a proporcionalidade enquanto princípio, regra, postulado ou máxima, para situar o leitor acerca da existência de divergência doutrinária quanto à sua classificação, de modo que, ao final, possa concluir o presente trabalho pela adoção do conceito mais adequado.

O tema a ser desenvolvido ao longo do trabalho possui inequívoca relevância, aferível no efetivo interesse que desperta no campo doutrinário e jurisprudencial e por afetar diretamente interesses de feições que norteiam todo o ordenamento jurídico vigente, haja vista que, sem aprofundar a investigação acerca das regras, princípios e da proporcionalidade no ordenamento jurídico, não é possível compreender a natureza, essência e rumos dos direitos fundamentais na contemporaneidade.

No que concerne à metodologia, a presente pesquisa parte do pressuposto que a unicidade metodológica não é apta a alcançar o desenvolvimento científico vivenciado atualmente.

Primordialmente, no tocante a metodologia desta pesquisa, utilizar-se-á, o método cartesiano defendido por René Descartes, de modo que, aquilo que não se conhece de maneira clara, não se deve aceitar como verdade, é preciso dividir as dificuldades a serem analisadas na quantidade de parcelas necessárias para uma melhor compreensão do problema.

Desta forma, o desenvolvimento de uma pesquisa científica, pautada neste método cartesiano, previamente, analisa-se as ideias mais gerais para, gradativamente, efetuar uma análise dos objetos mais específicos.

Destarte, para a materialização da presente pesquisa, buscou-se a utilização de fontes de pesquisa bibliográficas e documentais, decorrente do cunho hegemonicamente doutrinário das premissas acerca do panorama de estudo proposto, recorrendo-se às doutrinas nacionais e estrangeiras para tratar dos aspectos intrínsecos ao estudo das regras, princípios e proporcionalidade.

2 O ESTUDO DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

Como bem asseveram Gilmar Mendes e Paulo Branco (2020, p. 71), as normas constitucionais pertencem a um sistema normativo que “lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico”.

Estruturalmente, como dito anteriormente, as normas podem ser enquadradas em dois tipos normativos: regras e princípios. A fim de delinear as nuances do estudo das regras e princípios, apresentaremos, primeiramente e de forma mais aprofundada, as lições de Robert Alexy, tanto em razão da expressiva influência na Teoria dos Princípios como, mormente, por servir de embasamento aos demais posicionamentos que serão apresentados.

Ao apresentar lições acerca das normas de direito fundamentais, Robert Alexy (2006, p. 85) esclarece que diversas são as diferenciações teórico-estruturais possíveis, todavia, para a teoria dos direitos fundamentais, a de maior importância é a distinção entre regras e princípios.

Isso porque, na concepção do autor, através da aludida distinção, soluciona-se não apenas problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento, mas também constitui “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2006, p. 85).

As normas de direitos fundamentais são comumente caracterizadas como princípios. Porém, faz-se referência a estas como regras. Contudo, “essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões”, sendo necessária uma distinção entre regras e princípios, a partir de “uma utilização sistemática dessa distinção” (ALEXY, 2006, p. 86).

Como Alexy (2006, p. 86) faz questão de destacar em suas lições, existe uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos e tratar ambos os conceitos em questão, regra e princípio, como normas, pois ambos ditam o que “deve ser”.

A fim de distinguir essas normas entre si, utiliza-se, com mais frequência, o critério da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2006, p. 87).

Em nota de rodapé, Alexy (2006, p. 87) esclarece, porém, que o conceito de generalidade de uma norma tem que ser estritamente distinguido do conceito de universalidade. Assim, a despeito de ser uma possibilidade mais genérica do que a autora, as normas são universais, pois se aplicam a todos os indivíduos de uma classe aberta.

Além do critério da generalidade, Alexy (2006, p. 88) entende como outros possíveis: “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para ordem jurídica.

Ademais disso, os princípios e regras também podem ser diferenciados “com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.” (ALEXY, 2006, p. 89).

Com base nesses critérios, o autor elucida três teses distintas acerca da diferenciação entre regras e princípios: a *primeira* diferencia “as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso”; a *segunda* salienta que apesar de ser possível a diferenciação, esta é somente de grau; enquanto a *terceira*, “sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa” (ALEXY, 2006, p. 90).

Nesse sentido, Alexy (2006, p. 90) apresenta a classificação de princípio como mandamentos de otimização, explicando que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

Assim, para Alexy (2006, p. 91) esta seria a principal diferença entre regras e princípios, vez que estes “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”, além de que “sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, enquanto as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”.

Segundo o autor (ALEXY, 2006, p. 91), sendo válida a regra, deve ser feito exatamente aquilo exigido por ela, razão pela qual diz que as regras contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”

Dessa forma, o autor conclui que a distinção entre regras e princípios é, não de grau, mas sim qualitativa, reafirmando que “toda norma ou é uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2006, p. 91).

Outra hipótese nas quais se visualiza mais facilmente a distinção entre os princípios e regras é nos casos de colisões daqueles e conflitos destas, situação em que, conforme ensina Alexy (2006, p. 91), o que ocorre é o fato de duas normas, aplicadas isoladamente, levarem a resultados contraditórios. E a forma de solução dessa contradição no caso de conflitos ou colisão é outra forma de diferenciar as regras dos princípios.

2.1 O CONFLITO ENTRE REGRAS

Alexy (2006, p. 92) apresenta estudos acerca da solução dos conflitos, com o fim de diferenciar os princípios das regras, afirmando que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito”.

Todavia, o autor faz questão de esclarecer que, não sendo possível esse tipo de solução através da cláusula de exceção, necessariamente uma das regras deverá ser invalidada e, portanto, retirada do ordenamento jurídico, pois, “ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é.” (ALEXY, 2006, p. 92).

No que concerne à forma como deverá se solucionar o conflito na hipótese de não ser possível a cláusula de exceção, o autor destaca que a invalidade deverá respeitar regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogati legi generali*, como também, pela importância de cada regra em conflito (ALEXY, 2006, p. 92).

2.2 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Em sentido diametralmente oposto ao que se vislumbra no conflito entre regras, quando a situação contraditória recai sobre princípios, “um dos princípios terá que ceder”. Apesar disso, explica Alexy o princípio cedente não deve ser declarado inválido e tampouco deverá ser

inserida nele uma cláusula de exceção, “na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (ALEXY, 2006, p. 93).

Através disso, é possível compreender que, enquanto “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade”, as colisões entre princípios “ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2006, p. 94).

O que Alexy (2006, p. 94) afirma veemente, é que não se pode solucionar uma colisão entre conflitos com base numa precedência absoluta de um deles sobre o outro. Mas sim, “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes” cujo objetivo é “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”

Tem-se, pois, que, diferentemente do que ocorre com o conflito de regras, não se invalida um dos princípios e tampouco se inclui uma cláusula de exceção em algum deles, mas estabelece-se uma “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.” (ALEXY, 2006, p. 95).

Faz-se mister, por ora, esclarecer que do sopesamento dessas normas conflitantes, advém normas de direitos fundamentais atribuídas.

Alexy (2006, p. 100) faz referência a essas normas, que são aquelas que, apesar de não ser diretamente estabelecida pela Constituição Federal, possuem “uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” pressupondo-se a inserção como norma de direito fundamental, sendo ao “mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva”, e, diante disso, o autor afirma que de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido (ALEXY, 2006, p. 100).

Com isso, o autor (ALEXY, 2006, p. 103) esclarece que, ainda que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas (pela constituição) tivessem estrutura de princípio, o que não ocorre, haveria ainda normas de direitos fundamentais com ambas as estruturas, tanto de regras quanto de princípios. Considerações essa, que Alexy entende conduzir à “aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais”.

2.3 O CARÁTER *PRIMA FACIE* DOS PRINCÍPIOS E O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS

Como não poderia ser diferente, diante do que fora apresentado até agora, decorre-se o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

Enquanto os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e, dessa forma, “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”, as regras “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam” e possuem “uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2006, p.104).

Dito isso, o Alexy (2006, p. 104) aduz que poderia se pensar que “os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo”, sendo que as regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, sem consequência necessária a uma determinada decisão, sendo inadequada essa aplicação, por ser carente de um modelo diferenciado.

Tal necessidade de um modelo diferenciado, na concepção de Alexy (2006, p.104), decorre “da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso” e, ocorrendo tal situação, “a regra perde seu caráter definitivo”.

Apesar do que, o autor entende que não é possível ter absoluta certeza de que, “em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção”, sendo “possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção” (ALEXY, 2006, p.104).

Todavia, como ele bem conclui em suas lições, “as regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito”, porém, o “caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo é muito diferente daqueles dos princípios” (ALEXY, 2006, p.104).

Nesse sentido, como Alexy (2006, p. 104) ensina, diferentemente dos princípios, que cedem lugar a outros que, no caso concreto, possuem peso maior, a regra não é superada quando se atribui peso maior ou menor ao princípio que a sustenta ou conflita com este.

É imprescindível, nesta situação, que sejam “superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida” (ALEXY, 2006, p.105).

Tais princípios, por sua vez, são denominados “princípios formais” e, segundo o autor, quanto mais peso se atribui a estes princípios, mais forte é o caráter *prima facie* das regras deles advindas, e “somente quando se deixa de atribuir algum peso a este tipo de princípios, é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*” (ALEXY, 2006, p.105).

Destaca o texto, contudo, que o fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios não o aproxima do caráter *prima facie* das regras, haja vista que o “caráter *prima facie* dos princípios

pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou determinadas classes de princípios” (ALEXY, 2006, p. 106).

O que autor afirma, nessa situação, é que “a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras” e “mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto” e, por este motivo, regras e princípios possuem caráter *prima facie* distinto (ALEXY, 2006, p. 106).

2.4 REGRAS E PRINCÍPIOS ENQUANTO RAZÕES

Reafirmando o entendimento anteriormente apresentado, Alexy (2006, p. 106) demonstra ainda, que regras e princípios são razões de naturezas distintas pois, enquanto princípios são sempre razões *prima facie*, as regras, não havendo o estabelecimento de exceções, são razões definitivas.

Ainda assim, o autor (ALEXY, 2006, p. 107) faz questão de elucidar que regras e princípios são razões para ações ou razões para normas e, “enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais e/ou individuais.

Alexy (2006, p. 107) considera que regras e princípios são razões para normas e, em que pese, a fim de diferenciar regras e princípios, há quem estabeleça que princípios são razões para regras e somente para regras, Alexy há por bem em discordar, posto que, nesse caso os princípios não poderiam servir de esteio pra decisões, o que ocorre.

Dito isso, Alexy (2006, p. 107) compreende que “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas”. Mas, entende como um ponto acertado, que princípios sejam considerados como razões para regras, pois difere o caráter das regras e dos princípios como “razões para juízos concretos do dever-ser”.

Assim, o autor (ALEXY, 2006, p. 107) considera regra como “razões definitivas” pelo fato de serem razões para um determinado juízo concreto, e os princípios como “razões *prima facie*”, pois, isoladamente, refletem apenas direitos *prima facie*.

Isto posto, com esteio nas lições Alexy (2006, p. 108) conclui que “em si mesmos, princípios nunca serão razões definitivas”.

2.5 O CRITÉRIO DA GENERALIDADE

Segundo Alexy (2006, p. 108), princípios “são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo” e, quando estivessem efetivamente nessa relação é que se chegaria a um sistema diferenciado de regras.

Todavia, o ilustre professor faz questão de deixar claro que “a existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto” e, normas como essas são comumente tidas como princípios, apesar de não serem, o que exemplifica que a teoria da generalidade leva ao “desvio do uso corrente da linguagem” (ALEXY, 2006, p.109).

Por este motivo, esclarece que as razões para atribuir inúmeras características aos princípios se devem ao conteúdo axiológico mais facilmente identificado e sua importância substancial ao ordenamento enquanto razões decisivas para regras. E, principalmente, que “a contraposição dos princípios, enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normas ‘criadas’ deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita” (ALEXY, 2006, p.109).

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REGRAS E COMO PRINCÍPIOS NAS LIÇÕES DE LOTHAR MICHAEL

Em que pese a distinção entre regras e princípios e o estudo da proporcionalidade e sua classificação enquanto regra ou princípio seja o objeto principal da presente pesquisa, em razão da didática e excelência com a qual discorre sobre os direitos fundamentais enquanto regras e princípios, merecem destaque as lições de Lothar Michael e Martin Morlok.

Asseveram os autores (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 63), que pelos defensores da teoria “apolítico-liberal”, exige-se que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais se interprete de maneira estática e restrita, “isentos de ponderação” no que tange seu conteúdo mínimo. Dessa forma, pelo estudo anteriormente apresentado, os direitos fundamentais deveriam se concretizar enquanto regras.

Para Michael e Morlok, tal teoria seria positiva na garantia absoluta de determinados conteúdos essenciais, na simplicidade da forma de lidar com os direitos fundamentais e na previsibilidade dos resultados advindos da aplicação dos direitos fundamentais, mormente porque a avaliação se daria por um processo político (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 63).

Todavia, os autores (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 63) fazem questão de destacar que as normas de direitos fundamentais “não podem, de modo algum, ser absolutizadas [...] em vez de serem expostas como ponderação necessária”

Contrários à esta posição, por sua vez, tem-se os defensores da teoria “político-social”, que “interpretam os âmbitos de proteção de maneira tipicamente ampla e dinâmica, mas submetem sua garantia a uma ponderação” (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 63).

Neste cenário, “enquanto princípios, os direitos fundamentais são relativizados no caso de colisão, para otimizar globalmente o nível dos direitos fundamentais” o que, para os autores, faz com que o seu conteúdo essencial seja entendido de forma “relativa, porque a essência dos direitos fundamentais reside na sua qualidade de princípios de ponderação”. Apesar disso, tal concepção não implica na arbitrariedade subjetiva, mas dá origem à proibição do excesso, ponderação e à proporcionalidade (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 63).

Enquanto vantagens desta teoria, os autores consideram “a abrangência a realidade dos direitos fundamentais em comparação a outros valores não menos fundamentais”, bem como, o fato de sua teoria se fundar em processos de ponderação inevitáveis, de modo que os efeitos dos direitos fundamentais “se propagam e se otimizam” (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 63).

Também aqui, porém, os autores destacam que certos conteúdos essenciais acabam sendo relativizados, o que reflete flagrante prejuízo a efetividade dos direitos fundamentais.

O que os autores concluem, portanto, é que “a metodologia orientada pelas regras e a metodologia orientada pelos princípios não se excluem” mas devem ser apreciadas em conjunto, porquanto “os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios que são susceptíveis e necessitados de ponderação”, mas, dentro desses, deve se considerar também a existência de princípios que não se devem ponderar em prol de todo e qualquer interesse público, mas somente em determinados interesses (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 64).

Os autores apresentam a doutrina dos limites dos direitos fundamentais, através da qual, sustentam existirem regras em que direitos fundamentais podem ser ponderados com os princípios e, neste aspecto, “as regras estão antepostas à ponderação de princípios”. Bem assim, inúmeras vezes os resultados da ponderação dos princípios também se exprimem como regras, quando se tratar de casos típicos e clarividentes (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 65).

Mendes e Branco (2020, p. 75), expressam que “as constituições, hoje, são compostas de regras e princípios”, e se fossem apenas “regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade [...] um sistema que consagrasse apenas os princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações”, face ao caráter aberto dos princípios.

4 A PROPORCIONALIDADE

Segundo ensina Bonavides, “o princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo”, presente há mais de 200 (duzentos) anos, cujo a aplicação se dá, normalmente, no Direito Administrativo (BONAVIDES, 2011, p. 407).

De sua origem até a configuração hodierna, a proporcionalidade “acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia

para o Estado de Direito” e com o intuito de exercer controle sobre o poder monárquico ilimitado. Assim, considera-se o “germe” da proporcionalidade a pretensão de dar garantias à liberdade individual, decorrentes das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII. (BARROS, 1996, p. 37).

Como bem assevera Miranda (2017, p. 323), “a ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas: a reação deve ser proporcional à ação e a distribuição das coisas deve fazer-se com justiça. E é, por conseguinte, conatural ao Direito e à justiça”.

Por sua vez, a constitucionalização deste princípio (regra) condicionou-se ao sistema jurídico proveniente dos estados modernos, nascidos no século XVIII na América e na Europa Continental (BARROS, 1996, p. 39).

Conforme ensina Jorge Miranda (2017, p. 325), no Direito Português, foi através do Direito Penal, à égide do iluminismo, que a proporcionalidade foi elevada a “princípio matriz”, ao passo em que, “a proporcionalidade difundiu-se como vetor básico do Estado de Direito Material na Constituição Portuguesa”, como “instrumento de limitação de poder e de realização do Estado”.

Para Bonavides (2011, p. 407), com a proporcionalidade “nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações”.

4.1 A CONCEITUALIZAÇÃO DOUTRINÁRIA DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina diverge sobre os fundamentos da proporcionalidade. Enquanto parte tende a sustentar que sua base reside nos direitos fundamentais, doutro lado tem-se quem sustente que o princípio configura expressão do Estado de Direito e, ainda, os que a consideram um postulado jurídico enraizado no direito suprapositivo. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 218).

Antes de fundamentar o princípio da proporcionalidade, Michael e Morlok (2016, p. 480) explicam que “quando uma limitação aos direitos fundamentais se mostra formalmente justificada, deve-se controlar por fim a justificação material”, verificando a existência de ingerências e violações por parte do Estado, que não pode reduzir arbitrariamente as liberdades.

Assim, Michel e Morlok (2016, p. 481) explicam que o princípio da proporcionalidade se fundamenta na sua expressão original como “proibição do excesso”, para impedir ingerências, justificando-o do ponto de vista jurídico-fundamental e do Estado de direito.

Como eles explicam mais a diante, “os direitos fundamentais podem ser limitados pra fins muito diferentes”, de sorte que “as ingerências podem servir tanto interesses públicos, como privados” (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 486).

Sintetizando uma relação custo-benefício, Michael e Morlok (2016, p. 486) aduzem que a proporcionalidade é “a relação entre custo (neste caso: restrição de direitos fundamentais) e benefício (neste caso: objetivos das medidas estatais)”.

O princípio da proporcionalidade, consoante lições de Bonavides (2011, p. 402), “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”.

Para Canotilho (1993, p. 42), “as regras do direito constitucional de conflitos devem se construir com base na harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência de um direito ou bem em relação ao outro”.

Neste aspecto, o princípio da proporcionalidade, segundo Suzana de Todelo Barros (1996, p. 30), funciona como parâmetro técnico para se verificar se os fatores de restrição utilizados são “adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes” e, assim, a proporcionalidade “tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência”.

Por sua vez, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais” e, a partir de então, atribui-se a ele “um prestígio e difusão tão largos quanto outros princípios cardeais e afins” (BONAVIDES, 2011, p. 404).

O princípio (regra) da proporcionalidade há de ser examinado como norma da Constituição Brasileira de 1988 que independe de uma formulação textual específica, mas que pode ser extraído de outros princípios constitucionais, caracterizando-se, assim, sua aplicação pelos Tribunais e sua aplicação enquanto norma constitucional o torna fundamento de Recurso Extraordinário (BARROS, 1996, p. 93).

A aplicação da proporcionalidade se dá no campo dos direitos, liberdades e garantias, ou em razão da colisão ou pela necessidade de um direito ser afetado para garantir outro direito ou interesse constitucionalmente garantido. Além destes, a proporcionalidade se aplica também aos direitos sociais (MIRANDA, 2017, p. 329).

Os fins almejados pela afetação ao direito fundamental devem ser considerado de maneira objetiva de forma que interessam todos os motivos de justificação, inclusive aqueles que o legislador sequer pensou e os que surgem posteriormente, colocando-se, em primeiro lugar, a legitimidade desses fins porquanto, verificando-se que a ingerência serve à qualquer fim ilegítimo, sequer se avalia a proporcionalidade (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 487).

Quando se fala em restrições a direitos fundamentais, certamente se fala em violação de princípios cujo conteúdo carece do exame do judiciário quanto à compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim.

É neste contexto que a proporcionalidade se apresenta como de extrema importância “na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana” (BARROS, 1996, p. 27).

O aumento da colisão entre direitos fundamentais, advindo de um suporte fático amplo destes, amplia também a intervenção estatal restritiva desses direitos que, para serem consideradas constitucionalmente válidas, têm necessariamente que passar pelo exame da proporcionalidade (DA SILVA, 2010, p. 181).

Em suas lições, Jorge Miranda (2017, p. 263) entende por princípio da proporcionalidade aquele através do qual “hão de ser resolvidas as colisões de direitos e entre direitos e deveres, apuradas as restrições constitucionalmente admissíveis a direitos fundamentais, ou a suspensão e (de certo modo) feitas as opções relativas à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

Por sua vez, o “apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática” (MIRANDA, 2017, p. 325).

4.2 SUBPRINCIPIOS DA PROPORCIONALIDADE

Mendes e Branco (2020, p. 227) explicam que, na doutrina constitucional moderna, havendo imposição de restrições a determinados direitos, faz-se imperioso indagar acerca da compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade, orientação que “permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional” e pressupõe não apenas a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como também a adequação destes a prossecução do objetivo pretendido e a necessidade de sua utilização.

Nesse sentido, Canotilho (1993, p. 617) destaca que, pela proporcionalidade, toda e qualquer limitação legal a direitos deverá ser “apropriada, exigível e na justa medida”, o que se reflete no tríplice cânone da proporcionalidade em sentido amplo: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em igual compreensão, que é uníssona em todos os doutrinadores aqui apresentados, Michael e Morlok explicam que, na justificação material, distinguisse-se três níveis de controle da proporcionalidade que deverão ser analisados sucessivamente: a adequação, a indispensabilidade/exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 483).

Para Barros, a proporcionalidade em sentido amplo abrange “consideração sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”,

o que, por sua vez, implica em distinguir a proporcionalidade em sentido estrito (BARROS, 1996, p. 75).

Assim como a maioria dos doutrinadores, Miranda (2017, p. 325) se debruça sobre a análise alemã para explicar que derivam da proporcionalidade a idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e a racionalidade ou proporcionalidade *strictu sensu*.

Em suas lições, Miranda apresenta a idoneidade ou adequação na adoção de um meio adequado à prossecução do fim objetivado, a necessidade ou exigibilidade como a aferição de que o meio é o que melhor satisfaz, no caso concreto, o objetivo perseguido, de forma menos custosa e com mais benefícios que outros meios possíveis, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito ou racionalidade se dá pela “justa medida”, ou seja, que se proceda a avaliação das providências em termos quantitativos e qualitativos, para se garantir que não fique “alguém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido” (MIRANDA, 2017, p. 326).

Repisa Barros (1996, p. 78), também adotando a concepção estrutural alemã acerca da proporcionalidade, que a proporcionalidade é formada por três subprincípios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação ou Idoneidade, para a autora, deve ser o primeiro aspecto a se considerar na análise da proporcionalidade e consiste em avaliar se o meio escolhido para intervir no direito fundamental em questão contribui para a obtenção do resultado pretendido. (BARROS, 1996, p. 78).

Aqui, portanto, não se avalia o grau de eficácia dos meios utilizados, questão que vai adentrar na análise pela necessidade, mas sim se a medida restritiva é “idônea à consecução da finalidade perseguida”.

A objeção arguida pela autora no que tange a adequação recai sobre o questionamento da adequação ser total ou parcial. Barros entende que o juízo de adequação se faz perante uma situação concreta na qual a lei é uma previsão abstrata “cujas virtualidades só com o decurso do tempo vão-se revelando”. Por isso, “apenas quando inequivocamente se apresentar como idônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada” (BARROS, 1996, p. 80).

Segundo da Silva, a intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental deve, necessariamente, objetivar um fim constitucionalmente legítimo, através de um meio adequado ao fomento da realização do objetivo perseguido, o que se entende por adequação (DA SILVA, 2010 p. 170).

Para Michael e Morlok (2016, p. 490), “um meio já é apropriado quando serve um fim geral, quando, portanto, lhe é útil de uma qualquer maneira visível” e, por esse motivo, “só se revelam desproporcionais aquelas ingerências que são inúteis” e não servem nenhum fim

legítimo. Sendo assim, uma “aptidão parcial é suficiente” e basta a mera possibilidade de se alcançar determinado fim para que seja considerado adequado.

Bem assim, quando se fala em necessidade (ou, segundo o autor, exigibilidade), da Silva esclarece que não se confunde com situação de necessidade ou urgência, mas sim, que a realização desse objetivo constitucionalmente legítimo não seja possível na mesma intensidade através de outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (DA SILVA, 2010, p. 171).

Ou seja, segundo da Silva (2010, p. 171), a necessidade se consolida quando se constata que o meio empregado para o atingimento do fim perseguido seja o realmente necessário e menos danoso, avaliando-se a eficiência das medidas e o grau de restrição ao direito fundamental atingido.

Para o autor, a diferença entre a necessidade e adequação se dá no fato de que, nesta o teste é absoluto e linear relacionado unicamente ao meio e fim da medida e do objetivo, naquela tem-se o elemento comparativo, que considera medidas alternativas para se obter o mesmo fim (DA SILVA, 2010, p. 171).

Para Barros (1996, p. 81), “o princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa”. Sendo assim, “o meio mais idôneo e a menor restrição possível”.

Nesse sentido, Barros explica que para uma medida seja considerada inexigível ou desnecessária num exame de proporcionalidade, faz-se necessário demonstrar outra medida menos gravosa e apta a atingir igual ou melhor resultado (BARROS, 1996, p. 82).

A análise da necessidade pode se dar tanto qualitativa, quanto quantitativamente, o que ocorre em casos nos quais a longa duração no tempo torna inadequada a medida restritiva, quando, apesar de inicialmente necessária e adequada, com o decorrer do tempo, tem-se inequívoca perda dessa necessidade. (BARROS, 1996, p. 83)

Para Michael e Morlok (2016, p. 490) “um meio só é indispensável quando não há um meio mais suave que alcançar todos os fins relevantes” e, por isso, “só se houver meios que atinjam todos os fins com a mesma eficácia é que a medida é inconstitucional”, ao tempo em que, “um meio alternativo é mais suave quando for mais precautório dos direitos fundamentais do que a ingerência efectuada”.

A esta altura do estudo apresentado, merece destaque a seguinte conclusão apresentada por Barros (1996, p. 83): “o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação”. O

que se conclui, neste cerne, é que aquilo que é necessário, pode ser inadequado, mas somente o que é adequado, pode ser necessário.

Nesse sentido, faz-se mister o destaque idêntico trazido por Mendes e Branco (2020, p. 227) quando asseveram que “adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Para os autores, “a prova da necessidade em maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação”. Caso contrário, “se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.” (MENDES; BRANCO, p. 227).

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito, vem para acrescentar ao binômio da “adequação e necessidade” um exame final, que consiste no “sopesamento entre os direitos envolvidos, com função de evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo seja capaz de justificar” (DA SILVA, 2010, p. 175).

Isso porque, se fossem consideradas apenas a adequação e a necessidade, poder-se-ia considerar constitucional medidas que fomentassem eficientemente certo direito fundamental, mas restringissem profundamente diversos outros direitos, apenas por ser “adequada e necessária” (DA SILVA, 2010, p. 175).

Por assim dizer, o juízo de adequação e proporcionalidade tornam-se insuficientes à concluir pela real justiça da medida restritiva adotada em detrimento de uma “justa medida”, de sorte que faz-se necessária a aplicação da proporcionalidade *strictu sensu*, para aferir se o meio utilizado está em razoável proporção com o fim objetivado através de uma ideia de “equilíbrio entre valores e bens” (BARROS, 1996, p. 85).

Para Barros, a diferença entre a proporcionalidade em sentido estrito e a necessidade se dá pelo fato de a necessidade cuidar “de uma otimização com relação as possibilidades fáticas”, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito “envolve apenas otimização de possibilidades jurídicas” (BARROS, 1996, p. 86).

Não apenas isso, a proporcionalidade *strictu sensu* se apresenta nas lições de Barros também como “um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus” e, portanto, deve ser coligida a partir de uma ponderação de bens, na qual “o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direitos é bastante amplo” (BARROS, 1996, p. 87).

Por este mesmo motivo, da Silva afirma que inúmeros autores criticam esse terceiro elemento por considerá-lo ofensivo à objetividade, alegando que a proporcionalidade deveria se ater apenas à adequação e à necessidade. (DA SILVA, 2010, p. 177)

Todavia, para da Silva, o grau de objetividade (neste caso, subjetividade) na adequação e na necessidade não se afasta muito da objetividade contida na proporcionalidade em sentido estrito (leia-se, novamente, subjetividade). Inclusive, para o autor, existem casos em que “o exame da necessidade pode ser muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito”. (DA SILVA, 2010, p. 178)

Michael e Morlok (entende que a “ponderação entre o fim e o meio só se efectua no terceiro nível da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito)”, que somente se dá após uma apreciação pormenorizada, abstrata e concreta dos meios e dos fins, ponderando-se os fins de proteção não alcançados e os fins colidentes alcançados, para avaliar se os fins colidentes compensam as restrições do direito fundamental a proteger ou se são esses intoleráveis (MICHALE; MORLOK, 2016, p. 491 e 504).

Bonavides (2011, p. 407), afirma que a utilização da proporcionalidade se defronta com uma obrigação e uma interdição, quais sejam: a obrigação de utilizar dos meios mais adequados e a interdição de uso de meios desproporcionados. E, por conta deste duplo caráter, a proporcionalidade “tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispões aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos”, de forma que “a proporção adequada se torna assim condição da legalidade”.

Merece destaque, nas lições de da Silva, a distinção entre a proporcionalidade e o sopesamento.

Segundo o autor (DA SILVA, 2010, p. 179), sempre que se falar em proporcionalidade, implica-se que existe uma medida concreta que será testada, exatamente em virtude do necessário exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Situação diferente ocorre quando ainda não há qualquer regra infraconstitucional restritiva do direito fundamental que discipline a colisão entre dois princípios. Nestes casos, quando a situação de colisão ainda não foi objeto de ponderação por parte do legislador, aplica-se diretamente o princípio constitucional ao caso concreto, o que se faz através do sopesamento (DA SILVA, 2010, p. 179).

Importa destacar ainda, segundo as lições Miranda (2017, p. 331), que a violação ao princípio da proporcionalidade “consiste no excesso de interferência legislativa, afetando o

conteúdo ou o exercício de um direito” e, também “por insuficiência e incumprimento por parte do Estado de deveres de proteção”.

Enquanto, “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados à realizar um fim não são por si só apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta” (MIRANDA, 2017, p. 331).

4 A PROPORCIONALIDADE ENQUANTO REGRA OU PRINCÍPIO

A conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade recai sobre o fato da natureza dos princípios implicar na máxima da proporcionalidade e o contrário. Por isso, segundo Alexy (2016, p. 116), “a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, decorre logicamente da natureza dos princípios”.

Nesse sentido, Alexy (2016, p. 116) compreende que, enquanto mandamentos de otimização, o conflito de princípios exige o sopesamento e a relativização das possibilidades jurídicas, assim, tem-se a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Bem assim, ainda considerando a característica de princípios enquanto mandamentos de otimização e existência de conflito entre estes, no sopesamento e relativização das possibilidades fáticas, tem-se as máximas da necessidade e da adequação.

A fim de demonstrar sua concepção, Alexy (2016, p. 118) apresenta raciocínio que, pela extensão, dispensa reprodução, mas que o leva a conclusão de que “vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência que ‘o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.” Entendimento que o autor reincide no cerne da adequação.

Por fim, segundo Alexy, essas deduções são “fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio.” (ALEXY, 2016, p. 120).

Para Bonavides (2011, p. 404): “a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas, sendo, em realidade “princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade”, e, de igual forma “a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas

que se não de observar em toda hipótese em que direitos e liberdades sejam lesados” (BONAVIDES, 2011, p. 404).

Porém, entende que o “princípio” da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer aos que exercem quanto os que padecem o poder (BONAVIDES, 2011, p. 404).

Para da Silva (2010, p. 168), a proporcionalidade não segue o raciocínio atinente aos princípios, haja vista que esses são mandamentos de otimização que deverão ser realizados na maior medida possível, enquanto a proporcionalidade impõe um dever definitivo, completo, independente das condições jurídicas do caso em questão, representando uma estrutura normativa de regra.

Destarte, em suas lições, da Silva (2010, p. 168) exclui a terminologia “princípio da proporcionalidade” e discorre acerca das possíveis determinações, a saber: máxima, regra ou postulado.

Enquanto máxima, tem-se a tradução literal do direito alemão, termo que o autor (DA SILVA, 2010, p. 168) não considera adequado em razão da sua escassa utilização no direito brasileiro e da possibilidade de considerar “máxima” uma mera recomendação, não um dever, sendo mais adequado atribuir à proporcionalidade a terminologia de regra, que considera como “regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra” (DA SILVA, 2010, p. 169).

5 CONCLUSÃO

Como se pôde observar do estudo doutrinário aqui apresentado, o posicionamento doutrinário majoritário segue as premissas do professor alemão Robert Alexy para diferenciar regras e princípios.

Destaca-se, dentre os critérios utilizados, uma tendência pela distinção em razão da forma de solução de conflito e colisão, através do qual o conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, pela declaração de invalidade total de uma das regras ou pela instituição de cláusula de exceção, enquanto a colisão entre princípios se resolve através da ponderação, considerando-se o aspecto valorativo do peso, dimensão ou importância, mantendo-se a validade de ambos os princípios conflitantes.

A proporcionalidade, por sua vez, é a forma através da qual se afere a constitucionalidade e validade de uma restrição a determinados direitos, quando são observados os meios utilizados e os fins almejados através da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito para concluir se uma restrição é justa.

Em que pese a doutrina majoritária utilize a terminologia “princípio da proporcionalidade”, termo inclusive utilizado por este autor no decorrer do texto apenas por apego à tradição literária, é latente a busca de sua consolidação enquanto regra fundamental de apoio e proteção a direitos fundamentais.

Nesse sentido, considera-se mais adequada a adoção da terminologia “regra da proporcionalidade”, posto que não se trata de um mandamento de otimização, mas de um dever definitivo, perfeito e latente, de imediata aplicabilidade, característica inerente à estrutura normativa de regra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. Título original: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag: 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/cf1988. Acesso em: 21 out. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MICHAEL, Lothar e MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antonio Franco. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; São Paulo: Malheiros, 2020, 43ª edição.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.