

1. INTRODUÇÃO

A influência e uso de princípios no ordenamento jurídico brasileiro tem ganhado uma importância demasiadamente alta principalmente, por conta deles serem utilizados como compreensão de questões constitucionais, de modo que tal prática tem nítido influxo da teoria alemã no hábito de princípios, em especial quando as questões constitucionais envolvem Direitos Fundamentais. (Tavares, 2006).

De toda forma, seja por influxo da doutrina alemã ou não, não se pode afastar, em sede de hermenêutica constitucional, o uso de princípios nas resolução de demandas em Direitos Fundamentais, visto que a os princípios foram pensados justamente para a resolução desse tipo de questão, e afasta-los não parece a solução adequada.

A questão surge, quando se discute ou se analisa o alcance dos chamados princípios constitucionais. É então que problemas da natureza de princípios como normas ou princípios com força normativa são auto aplicáveis, ou em outros casos a própria distinção entre princípios e regras, discussão que em via pragmática, recai no reconhecimento da exacerbação do papel e força dos princípios constitucionais.

Tal reconhecimento, acaba por reconhecer que no sistema brasileiro vem ocorrendo um afastamento de uma norma infraconstitucional para dar lugar à uma aplicação hermenêutica baseada em um princípio tido como vetor, a fim de solucionar um determinado caso concreto.

Essa nova utilização de julgar questões constitucionais, resguarda a própria afirmação dos princípios como força normativa e respaldo da supremacia dos princípios tido como constitucionais, mas oculta um possível subjetivismo e ativismo por conta da atuação do julgador. A utilização do princípio em contraponto ao Direito Positivo, mostra uma nova virada hermenêutica no ordenamento jurídico nacional.

O que se mostra evidenciado é a aproximação entre princípios e normas constitucionais, ocasionando, em um primeiro momento, a teoria geral dos princípios visto como princípios constitucionais, mesmo que não expressos no texto Constitucional. O perigo de mostra quando a teoria gera dos princípios trazer conceitos que não fazem mais sentido no momento que forem aplicados ou até mesmo não sendo reconhecidos pelo ordenamento vigente. (Tavares, 2006).

É então que o princípio da proporcionalidade tem aparecido de forma mais veemente. Isto porque ele tem sido a base ou fundamento para a utilização de outros princípios vetores com força normativa e afastar leis já positivadas. Em outras palavras, a proporcionalidade tem sido utilizada não como critério de colisão entre princípios, mas como técnica de julgamento a fim de se chegar a uma solução ao caso concreto em questões constitucionais.

É inerente pensar a existência do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, vem da Constituição de 1988, todavia nesse sistema em questão criou-se a conjectura de tal princípio não estar necessariamente posto no texto constitucional, e sim a possibilidade de exauri-lo de outros princípios, e esses sim postos na Constituição, o que autoriza a sua mais ampla utilização, conforme bem colocou a Suzana Barros (2000, p. 91):

A existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais.

Assim o que se tem observado é o princípio da proporcionalidade, em especial, como técnica de julgamento em questões constitucionais envolvendo Direitos e Garantias Constitucionais, sendo imperioso em toda e qualquer manifestação da função judiciária a sua obediência.

Em outro viés, o uso da proporcionalidade tem sua utilização em um *standard* com o qual os julgadores se apoiam para proceder um exame do caráter justo das leis, enfrentado o legislativo, decretando leis como inconstitucionais e por vezes adentrado no mérito administrativo, fato este explicitado por Gilmar Mendes (2001):

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que, nem sempre, a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz. Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um “controle de sintonia fina” (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

Devido essa perspectiva, mostra-se imperioso entender essa utilização do princípio da proporcionalidade no Sistema Jurídico Brasileiro, demonstrando não só como ele foi pensado originalmente mas a sua aceção para a realidade jurídica brasileira.

2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em primeiro lugar cumpre esclarecer, o recorte de sentido que se busca dar ao princípio da proporcionalidade. Como tal, este princípio, passou a ter vários sentidos e significantes, seja por evolução histórica ou pela própria aceção do ordenamento jurídico em que ele esteja inserido.

Data-se, por exemplo, que a sua base foi formulada com base na teoria jus naturalista ainda

na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, como bem delineou Suzana Barros (2000, p.35):

Da filosofia ao direito, o *princípio da proporcionalidade*, até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direitos, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de *poder de polícia*, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Como se observa, não necessariamente o sentido e conceito do princípio da proporcionalidade dado na sua origem se manteve com o decorrer do tempo e nos ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, por mais que se dê novos nomes e sentidos a tal princípio, essas acepções não neutralizam a complexidade do tema, apenas a evidenciam, o corte se faz necessário para se chegar a problemática do seu uso atual na resolução de demandas constitucionais.

Desta feita, preservada a parte histórica, cumpre destacar como tal princípio passou a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Observar-se que nos últimos tempos, a excelsa Corte tem se utilizado de um sinônimo da proporcionalidade, a expressão razoabilidade, como forma de atributo para iniciar uma argumentação técnica.

A expressão proporcionalidade, tem por si só, um sentido literal limitado, o que implica em dar um sentido amplo e estrito a tal expressão. O sentido amplo, está condizente com as considerações sobre adequação entre meios e fins e a sua utilização para a proteção de determinados Direitos, em outras palavras em seu sentido amplo, a proporcionalidade funciona como uma norma que estabelece como outros princípios devem ser aplicados utilizando o máximo de conteúdo que se pode abstrair de um Direito (Ávila, 2009).

Por outro viés, há de se comentar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo este a ótica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao se utilizar de critérios como razoabilidade para decidir.

Virgílio Afonso da Silva assim comenta tal assunto (2017, p.174):

É possível sustentar que uma medida estatal que restrinja direito fundamental seja constitucionalmente justificável se, além de adequada para fomentar o objetivo que persegue, não houver medida alternativa que seja tão eficiente quanto e que restrinja menos o direito atingido. (...) Em geral, no entanto, costuma-se apontar a necessidade de um exame final: a proporcionalidade em sentido estrito. A razão desse último teste é facilmente explicável: se fossem suficientes apenas os dois primeiros exames – adequação e necessidade –, uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional. Isso porque, além de adequada, a medida é necessária.

É então, dessa concepção em sentido estrito, que advêm o uso de termos como adequação,

razoabilidade e necessidade. Tal sentido é de extrema importância, pois ele indica se o meio utilizado para a resolução da demanda encontra-se razoável ou proporcional com o objetivo final, sendo a ideia de equilíbrio entre valores e bens fora alcançada.

Em outras palavras, quando fora adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou até mesmo, quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso, do qual fosse conduzir ao mesmo resultado, não há necessidade de chamar uma providência que imponha ônus demasiados, sendo possível entender a situação como adequada e razoável do ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito.

Sob esta ótica é que o Supremo Tribunal Federal vem se utilizando do princípio da proporcionalidade, não como ele fora pensado nas origens jusnaturalistas ou ainda na concepção dogmática alemã, da qual funciona como metanorma para a resolução de princípios conflitantes (MARTINS, 2012), mas em sentido estrito para a resolução de demandas.

É importante ainda lembrar, do ponto de vista histórico, que o princípio da proporcionalidade teve o seu impulso diante de duas concepções, uma formada no sistema jurídico alemão e outra no sistema jurídico norte-americano.

No sistema jurídico alemão a sua formação inicial se deu a partir de um desdobramento do próprio princípio do devido processo legal, sendo que essa derivação apenas fazia sentido no sistema do *common law*, aplicando-se por meios de sucessivos precedentes, sem a preocupação de sistematizar ao até mesmo teorizar sobre o seu uso.

Em contrapartida no sistema jurídico alemão, o princípio da proporcionalidade evoluiu de maneira dogmática, através do Direito Administrativo com o qual tinha por objetivo primário um mecanismo de controle de atos da Função Executiva do Estado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pareceu aderir a sentido Norte-Americano do princípio.

Assim, de maneira pragmática, a primeira vez, ou que pelo menos se tem o seu uso mais notório, do uso da expressão princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, foi em sede de controle de constitucionalidade da lei 10.248/93 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855, tendo um nítido conflito de Direitos Fundamentais do consumidor com o da livre iniciativa:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente. ADI 855 / PR - PARANÁ AÇÃO DIRETA DE

O que se abstrai é a obrigação de ter normas adequadas e razoáveis aos princípios gerais, sendo que tal adequação estará ligada a proporcionalidade em Direito Constitucional.

Essa aproximação induz o estudioso a crer que estamos diante de um princípio direcionador do controle de constitucionalidade, utilizando de parâmetros criados pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o que se tem que ter em mente é que a proporcionalidade fora pensada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, lá recebendo os seus primeiros contornos jurídico-dogmáticos. Como ponderação significa para Bernhard Schlink o próprio processo de aplicação da proporcionalidade ao caso decidindo.

Assim a forma como foi teorizada em nada se parece com a assimilada pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo viés de utilização como início de técnica argumentativa ou ainda como controle de constitucionalidade.

Tais meios (novos e alternativos) de utilização do princípio da proporcionalidade serão discriminados no tópico a seguir.

3. MEIOS DE UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Novamente preservado o contexto histórico do princípio da proporcionalidade, sua utilização do chamado ponto de vista jurídico dogmático contemporâneo, fora instituído em 1950 pelo Tribunal Constitucional alemão, sendo então exportado para o resto da península ibérica e posteriormente chegando as Américas (Martins, 2012).

Nesse sentido, a ideia que se propagou pelo Tribunal Constitucional Alemão, fora de uso do princípio como um vínculo entre os três poderes (executivo, legislativo e judiciário, mas o que se observou foi um vínculo maior entre o legislador com os Direitos Fundamentais, de modo que a proporcionalidade passou a embasar a obrigatoriedade de intervenção estatal, na medida em que houvesse uma violação ou dificuldade no exercício dos Direitos fundamentais. Como bem colocou o professor Leonardo Martins (2012):

O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia da proporcionalidade em direito constitucional. Com uma abrangência material que muito cresceu nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, pelo menos no que concerne ao seu efeito clássico, verdadeiros óbices à ação do Estado concretizado do interesse coletivo. Para harmonizar o interesse individual com o interesse coletivo, as Constituições modernas preveem limites aos direitos fundamentais, limites estes que devem ser

mais bem delineados ou concretizados peço legislador ordinário. O que poderia ser o vínculo do legislador aos direitos fundamentais senão sua a sua obrigatoriedade de poder intervir no exercício dos direitos de forma proporcional.

Ao se verificar está primeira assertiva, pode-se induzir (como já mencionado no tópico anterior) que o princípio da proporcionalidade tem como objetivo ser um direcionador do controle de constitucionalidade, sendo este objetivo o que utilizado de maneira contumaz pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

Todavia, há de se considerar a natureza do princípio da proporcionalidade, ou ainda a sua epistemologia, antes de se chegar aos novos meios de utilização ou concepção, de modo que quando ele foi construído, não foi pensado como princípio e sim como regra, amparada pela Teoria de Robert Alexy e aprimorada por Humberto Ávila.

Desta feita cumpre destacar essa origem de regra antes de se pensar como princípio.

3.1. Resolução de Conflitos entre Princípios Colidentes

Antes de adentrar do uso da proporcionalidade como resolução de conflitos entre princípios colidentes, tem-se que ter em mente como princípios podem colidir.

Para tanto, volta-se a Teoria pensada por Robert Alexy, do qual depreende-se que a definição de princípio são mandamentos de otimização, que são normas exigentes que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o que significa a aplicação de princípios nos mais diversos graus de realização e condições jurídicas.

Entretanto, o próprio professor Robert Alexy já imaginou um possível atrito entre os princípios, quando cunhou a expressão “condição jurídicas” para a extração máxima dos princípios, tal tema foi bem explicitado por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 46):

(...) ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro ou outros princípios. É justamente a essa colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em “condições jurídicas”.

Assim, o que se conclui é que tais condições raramente são ideais, uma vez que pelo próprio conceito de princípio, eles tendem a fazer com que a sua concretização seja restringida pelo outro, ou seja, a relação entre mandamentos de otimização sempre é condicionada à situação concreta.

Para solucionar o possível conflito, tem-se a proporcionalidade como critério definitivo, entretanto dentro da teoria de princípios a proporcionalidade não se encaixa, ela funcionaria como regra, visto que não há qualquer sujeição ao suporte fático para a sua aplicação, apenas será utilizada para dirimir o conflito de princípios, sendo aplicada em seu todo, novamente Virgílio

Afonso da Silva vem esclarecer (2017, p. 168):

Princípio, (...), é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade, (...) não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não estará sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo.

Ora, a proporcionalidade, nessa perspectiva funciona como uma regra de aplicação de outras regras, regras estas tidas como princípios.

Ao partir de um suporte fático e amplo para a utilização máxima dos princípios, como são os casos em Direitos Fundamentais por exemplo, há de acontecer um aumento considerável entre tais princípios, uma vez que quando se aumenta a possibilidade de proteções em âmbito de princípios, há, inevitavelmente uma maior quantidade de choques e colisões quando se exercita tais princípios.

É então que se utilizou, pelo Tribunal Constitucional Alemão citado a cima, a ideia de tais restrições por meio do exame da proporcionalidade como critério constitucionalmente fundamentado, ou seja, se utilizou da proporcionalidade para dirimir tais colisões entre princípios e Direitos Fundamentais, como um critério de Direito Constitucional, dando a entender a possibilidade de limitações aos princípios diante de um suporte fático coerente.

A partir desse enfoque, é possível asseverar que as Constituições, dotadas de regras princípios, que não optaram por um modelo único de normas de Direitos Fundamentais tendem a usar a proporcionalidade ou a existência de suas características para a colisão de normas princípios, sendo inclusive restringi-los em seu conteúdo essencial.

No entanto, toda essa dogmática construída sob a perspectiva da proporcionalidade como regra para dirimir colisões de princípios só foi possível diante da teoria geral de princípios de Robert Alexy, ao conceitua-los como mandamento de otimização.

Nesse sentido, dado a proteção amplíssima a Direitos Fundamentais e o seu conceito como preceitos otimizados, a proporcionalidade vem com o objetivo de dar solução a colisão de Direitos, já que a tendência era de conflitos, e a solução palpável se mostra a restrição de Direitos Fundamentais face ao conflito, daí a ideia de que todo Direito Fundamental é restringível (Silva, 2017).

Logo, nessa função da proporcionalidade ela não foi pensada para ser vista como princípio, uma vez que vista como princípio, estaria sujeita a todas as instruções da teoria geral podendo, inclusive ser colidente com outro princípio, o que ocasionaria um esvaziamento de seu objetivo jurídico dogmático para qualquer Teoria de Direitos Fundamentais.

3.2. A Dupla Especificidade Do Princípio Da Proporcionalidade.

Originalmente, o princípio da proporcionalidade fora pensado no contexto administrativo, ainda sem toda a especificidade de resolução de coalisão de Direitos fundamentais, concretiza com o pensamento de Robert Alexy.

A proporcionalidade em si iria se basear na relação meio e fim, em outras palavras ela funcionaria como um princípio normativo aplicado como um meio para se alcançar um determinado fim dentro do ordenamento jurídico, como bem coloca Humberto Ávila (2013, p. 184):

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 de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Ora o que pode se extrair é que à depender do momento da utilização ou exame da proporcionalidade ela poderá vir a ter um contexto de regra ou princípio, visto os critérios de adequação e necessidade, em outras palavras a chamada proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, para se chegar a esse uso, é necessário o real domínio da proporcionalidade em sentido estrito, sem tal domínio seu uso fica incompleto e por vezes inócuo, inviabilizando, por consequência, a dupla especificidade da proporcionalidade como regra e princípio.

É o que Virgílio Afonso da Silva coloca em seu artigo *Proporcional e Razoável*:

A subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conquanto praticamente ignorada pelo STF, é bem salientada pela doutrina pátria. Algumas vezes, contudo, a análise dessas sub-regras não tem sido feita de maneira a torná-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial. Muitas vezes é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las. 44 Com isso, são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade, impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes conseqüências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam. Se simplesmente as enumeramos, independente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito. 45 Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

O que fica latente é que quando se aplicar a proporcionalidade como regra nem sempre implica a análise de todas as suas três sub regras. Pode-se dizer que tais sub regras relacionam-se de

forma subsidiária entre si. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub regras da proporcionalidade, é que o aplicador deve sempre proceder à análise de todas elas, quando na verdade elas não são independentes e merecer um contraponto e uma análise conjunta sob o risco de não havendo a sua compreensão ser inadequada ou até mesmo falha.

A necessidade e adequação do princípio da proporcionalidade diz respeito aos aspectos práticos de seu uso, ou seja, da aplicabilidade concreta, ainda mais do que diz respeito ao seu uso quanto regra.

Do ponto de vista como princípio, a proporcionalidade tende a voltar para o seu sentido estrito, uma vez que ele consiste na relação de coalisão de Direitos Fundamentais para a sua máxima eficácia, como bem lembra Virgílio Afonso da Silva em *Proporcional e Razoável*:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Logo, a proporcionalidade, enquanto desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais, deve ser aplicada de forma estruturada, a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ela tende a exigir um rigor argumentativo muito maior que o da razoabilidade, em que simplesmente se verificaria a compatibilidade entre meios e fins da medida estatal.

É o que Humberto Ávila afirma (como citado acima) ao diferenciar os dois conceitos com base na crença de que a proporcionalidade deve ser aplicada em um exame abstrato da medida, ou seja, quando será analisada a correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, em que será preciso saber se a medida é adequada, necessária, ou proporcional em sentido estrito. Já a razoabilidade não seria aplicada com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento em uma situação pessoal do sujeito envolvido. Dependendo, assim, do caso concreto que lhe assiste.

Tal concepção, de duplo caráter da proporcionalidade, não fica isento de assimilação entre os ordenamentos jurídicos e não o torna inviável do ponto de vista prático, o que realmente ele exige é uma coerência lógica durante a sua aplicação, sabendo qual o momento a proporcionalidade se comporta como regra e qual se comporta como princípio, a fim de que possa de fato maximizar a sua utilização.

3.3 Técnica Para Julgamento De Demandas Constitucionais.

A decadência do pensamento positivista iniciou-se no momento em que não se passou a vê-la como, tão somente uma teoria do Direito, e sim em uma ideologia, do qual passou a ser movida por juízos de valor, tendo por nítido objetivo não querer apenas compreender a ciência jurídica, mas também querer que assim a seja. Tal perspectiva, abria um leque de variantes para condutas tidas como autoritárias para se impor o positivismo em qualquer ordenamento, como nítida forma de subsunção de fato ao norma, refletida, em última análise no legalismo.

Diante da sua iminente decadência, abriu-se o caminho para uma constelação de reflexões inacabadas e interpretativas acerca do Direito, tais como a sua função social, ideias de justiça, igualdade material mínima dentre outras. A esse movimento se chamou de Pós-positivismo, sendo ele uma corrente de pensamento cunhada na redefinição das relações entre princípios, valores e regras, traduzidos e aplicados no contexto de uma nova hermenêutica constitucional.

Substanciado no paradigma pós-positivista, o princípio da proporcionalidade ganha um novo enfoque. Na revisitação a relação entre valores, princípios e normas, a proporcionalidade fora expandida na medida em que ela passa a ser vista como um meio que uma norma deve ser interpretada, dentro de um caso concreto, a fim de que se tenha uma melhor realização do fim constitucional, nela embutido.

Nesse sentido, o princípio opera-se a fim de permitir que o juiz gradue o peso da norma, como meio de garantir que ela produza um resultado desejado ao sistema, com o objetivo de fazer justiça ao caso concreto (Barroso, 2018).

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018, p.300):

Em resumo, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação ao excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. (...) O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.

Verifica-se, então, a proporcionalidade com uma atribuição distinta a qual foi inicialmente pensada, ela passa a funcionar como um critério de julgamento ou de forma mais pragmática, como o padrão mais adequado para funcionar como justificador do controle e ação judicial.

Dessa perspectiva sugere-se que o princípio torna-se um parâmetro adequado para se conciliar não apenas teorias ou Direitos Fundamentais, mas para analisar e tomar decisões concretas de justiça ao caso concreto, dando aval para o julgador adentrar em outras esferas na sua decisão

não somente no caráter da legalidade, mas no caráter de justiça.

Em outras palavras, esse novo olhar para o princípio da proporcionalidade opera como uma forma que o magistrado tem de ponderar o caso concreto (caso este que não envolva necessariamente Direitos Fundamentais) e aplicar a Lei na medida em que o julgador entenda como mais justa, visto a relação em que o princípio terá com os valores e normas, fundamento adquirido através do pós-positivismo.

O pós-positivismo deu ao princípio da proporcionalidade um entendimento de Direito Fundamental e não tão somente como uma metanorma (como discutida no tópico a cima), fora entendido como protetor do núcleo essencial e de concordância prática, ou seja, ele é útil para o judiciário adentrar em outras funções a fim de verificar se houve violações a outros Direitos Fundamentais.

Logo, o princípio da proporcionalidade passou a ser uma técnica de julgamento de questões constitucionais, na medida em que ele é usado como fundamento legitimador de controle de constitucionalidade, tal fato permite não só o controle de legalidade constitucional, mas o uso em todo o caso concreto, como forma de se buscar a justiça concreta.

É então que, a nova utilização do princípio da proporcionalidade tende a ser reduzido a argumento para controle das leis em sede de ações judiciais, sejam em âmbitos administrativos (Alemanha) seja como questões Constitucionais (Estados Unidos). (Barros, 2000).

De todo modo, esse avanço de concepção só foi possível por meio da vira epistemológica do positivismo para o pós-positivismo, sendo ele utilizado pelo poder judiciário em suas decisões, sob o argumento de justiça concreta, e não, tão somente, como um meio para dirimir Direitos Fundamentais.

Este novo uso, tem tido como consequência, o abuso da interpretação em detrimento outros princípios já dispostos na constituição, como o da igualdade, o devido processo legal, ou seja, outras formas clássicas de interpretação.

Entretanto, reconhece-se que em caso de tensão entre direitos constitucionais, dê-se preferência ao uso do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o equilíbrio desse conflito é sua finalidade pensada como metanorma, servindo como instrumento de controle de excesso e compatibilizando os interesses envolvidos.

Esse cuidado na utilização do princípio da proporcionalidade para dirimir diferenças, não pode ser visto como restrição de sua aplicação, mas como tentativa de realizar a técnica correta e mais adequada a cada caso concreto, contribuindo assim com o desenvolvimento de sua sistematização, vez que com isso possibilitará a melhor definição de cada termo e com sua utilização específica, o que não significa que dependendo do conteúdo adotado não possa ter

atuação abrangente.

Logo, por mais que se entende a nova concepção de técnica de julgamento, utiliza-lo dessa forma pode haver o risco de restringir o seu uso, dando a proporcionalidade um caráter apenas hermenêutico e aberto.

4. UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Ao se falar em uso do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, tem que se ter em mente que a sua utilização tem servido como instrumento de Controle dos Atos do Poder Público, do qual a sua aplicação tem derivado diversos problemas.

Como exemplo, cita-se as diversas acepções que a palavra proporcionalidade tem no ramos do Direito Brasileiro, ora, proporcionalidade para o Direito Penal diz respeito aos limites das penas, para o Direito Eleitoral relação de voto com o sistema de candidatos, para o Administrativo, controle de atos do Executivo, dentre outros.

É evidente que nem todas essas concepções de proporcionalidade diz respeito ao princípio ou postulado da proporcionalidade como ele foi pensado originalmente, a fim de diferenciar essas acepções de proporcionalidade do verdadeiro princípio, Humberto Ávila assim o coloca (2013, p. 183):

Nesse 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 em concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

Tendo em vista tal assertiva, observa-se um problema de várias acepções da palavra proporcionalidade que nem sempre será o mesmo postulado da proporcionalidade, evidenciando o primeiro problema da sua aplicação no sistema jurídico brasileiro.

Diante desse quadro, não é de se estranhar que a sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal seja no mínimo imprecisa. Como princípio, a proporcionalidade é vista no sistema jurídico brasileiro, segundo o princípio constitucional não positivado que tem por função evitar o poder de polícia abusivo de seus entes estatais. (Martins 2012).

Ora tem-se uma generalização do princípio da proporcionalidade, podendo-se inferir que ao generalizar tal princípio, acaba-se por se dar contornos dogmáticos-funcionais ao postulado, isto porque a sua aplicação seria tão somente ao fato de possível violação a Direitos Fundamentais pelo

uso de uma das funções do Estado, o que por si só já difere totalmente das várias acepções da palavra proporcionalidade que o sistema jurídico brasileiro adota, uma vez que, pela acepção do Supremo Tribunal Federal, há inevitavelmente um não reconhecimento de todas as outras concepções da proporcionalidade.

É o que também afirma Leonardo Martins (2012):

O critério da proporcionalidade não poderia ser aplicado, por exemplo, à subsunção de norma infraconstitucional propriamente dita. Se o juiz criminal, por exemplo; entender com base na prova colhida nos autos que não estão presentes no caso decidindo elementos excludentes da ilicitude, ou, ainda, essa ou aquela agravante ou atenuante, respectivamente a aplicação e a mensuração da pena em si não serão problemas suscetíveis da aplicação do critério da proporcionalidade. Trata-se, ao contrário, de problemas de aplicação de direito penal, os quais se tornariam constitucionalmente relevantes se outros direitos fundamentais de natureza processual fossem atingidos.

Nesse sentido, há sim um problema de sistema não propriamente do uso da proporcionalidade, visto que o sistema brasileiro não decidiu bem qual acepção para a proporcionalidade, o que deixa a cargo dos demais ramos e estes o usam da forma que lhe forem convenientes, daí a acepção imprecisa.

Antes de adentrar no uso pelo Supremo Tribunal Federal, cabe voltar a justificação constitucional do princípio da proporcionalidade.

Constata-se a justificação constitucional de um princípio quando este é revestido de uma enorme importância prática para o sistema jurídico brasileiro, mesmo não estando positivado no texto constitucional. Para tanto, como já colocada acima, seu uso prático é de todo o ordenamento e dos mais diversos usos possíveis, dada a sua aplicação no ramo em que ele for utilizado, seja como uma garantia, proteção ou limitação de Direitos Fundamentais.

É, então, aí que o princípio da proporcionalidade tem se assentado. No contexto normativo que estão introduzidos os Direitos Fundamentais e seus mecanismos de proteção. Observa-se que por mais diferentes acepções que a palavra possa vir a ter nos ramos jurídicos, sua função tende a ser a mesma, objetivar a máxima eficiência e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes, pois é desse contexto que surge o seu caráter de princípio constitucional e valida o seu uso pelo sistema, por mais imprecisa que for a sua acepção.

O problema surge na forma de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Para iniciar a discussão, Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo *O proporcional e o razoável*, demonstra que o Supremo Tribunal Federal muitas vezes age de maneira não consistente ao aplicar a proporcionalidade:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma

conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

A verdade que da vertente imprecisa absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro do princípio da proporcionalidade, tem por consequência uma aplicação de elevado grau de subjetividade por meio do intérprete sendo aplicado de forma totalmente retórica e sem base dogmática.

De maneira simples, seu uso consiste em invocar a proporcionalidade na subsunção em um caso concreto a fim de justificar a escolha que o Supremo Tribunal Federal entende como mais adequada, logo ela é usada como argumento falacioso para mascarar interpretações mais frágeis.

Não se nega a importância que o princípio da proporcionalidade tem para dirimir conflitos entre Direitos Fundamentais colidentes, mas o Supremo Tribunal Federal parece limitar o seu uso, na medida que não o aplica de maneira sistemática ou até mesmo estruturada, nem ao menos um processo racional de chegada de tomada de decisão, apenas se limitando a utilizar como um meio para alcançar os fundamentos do seu entendimento final.

Novamente, Virgílio Afonso da Silva, em seu artigo *O proporcional e o razoável* sistematiza como o Supremo Tribunal Federal vem a decidir quando se utiliza de tal princípio:

O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente: a constituição consagra a regra da proporcionalidade. O ato questionado não respeita essa exigência. O ato questionado é inconstitucional. O silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo.

Assim, o que realmente se observa é, além da vertente imprecisa adotada pelo Brasil, a sua aplicação acaba por descaracterizar o princípio, na medida em que baseia-se tão somente no uso do devido processo legal, e portanto, traduz-se na exigência de similitude entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins, ou seja, somente como uma técnica argumentativa para decidir, e legitimar o que venha a ser decidido.

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.

O princípio da proporcionalidade, de fato, não tem (e nem poderia) um sentido ou conceito fechado e universal. Como se pode verificar, tal conceito passou por várias acepções. Isto fica claro quando na própria dogmática jurídica alemã, onde o princípio surge, ele passou por algumas transformações tanto de aceitação como de significado e até mesmo de utilização, seja como uma

meio de controle da ação estatal (Direito Administrativo), até a ideia de um mecanismo de ponderação de coalisão de princípios em Direitos Fundamentais, uma metanorma.

Difundida a sua ideia, a proporcionalidade passou a integrar os mais diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, e foi então o seu apogeu, pois ela passou a atuar em todos os diferentes níveis dos sistemas (constitucionais e infraconstitucionais), e portanto, sendo utilizada nos demais ramos do Direito.

Ocorre que, em nível constitucional a proporcionalidade foi se moldando ao que cada sistema entendia como mais adequado para a sua otimização e dessa adequação surge a concepção de que a proporcionalidade, por mais que não esteja expressa no texto constitucional é um princípio máximo, utilizado como otimização para os mandamentos do sistema.

Por outro lado, e então para justificar o seu uso no nível infra constitucional, tem-se a alocação da proporcionalidade como uma regra, pois assim ela estaria submetida a subsunção do ramo do Direito o qual esteja sendo utilizada, logo, não funcionaria como uma metanorma regulando outras mas sim como uma regra própria amarrada pelas restrições de outros princípios do ramo ao qual ela esteja inserida.

Este panorama jurídico dogmático é o que permite a proporcionalidade de ser vezes princípio e vezes regras e, também, lhe dá a possibilidade de ser a solução para dirimir coalisão de princípios e Direitos Fundamentais, mas de ser um regra utilizável pelo sistema que está inserido, podendo inclusive ter um conceito plural.

Apenas ressalta-se que a dentro do seu conceito e até uso plural, deve-se ter uma coerência no sentido em que ela for aplicada, (como visto nos tópicos anteriores), sob o risco de invalidar toda e qualquer uso coerente do princípio, transformando apenas em um discurso retórico, sem saber se é uma regra ou se é um princípio, ou ainda aplica-los em planos distintos, a regra no plano constitucional e o princípio no plano infraconstitucional.

É então que surge o seu uso como uma verdadeira técnica para decidir questões constitucionais.

No caso da Constituição brasileira de 1988, não há uma previsão da aplicação da regra da proporcionalidade. E, por uma razão prática, se não a prevê, também não pode abrir exceções e dizer quando ela não é aplicável. Se se entende, no entanto, que a regra da proporcionalidade decorre logicamente do fato de os direitos fundamentais, em sua maioria, serem princípios, e não regras, não há como tentar afastar a aplicação da regra da proporcionalidade, sob o argumento de que não há previsão constitucional a respeito.

Em outras palavras a regra da proporcionalidade não tem fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como

princípios jurídicos.

Logo, por mais que não esteja clara a sua utilização pela Constituição, parece que o sistema brasileiro adotou se utilizando da ideia de que ela é inerente a lógica dos Direitos Fundamentais e também estaria sujeita a esse caráter de duplicidade: princípio e regra de proporcionalidade.

Nesse sentido, cresce a pluralidade de concepções da proporcionalidade e a sua utilização como técnica de julgamento em questões constitucionais.

Constata-se que da regra de proporcionalidade tem-se o seu uso pelo Supremo Tribunal Federal apenas como um argumento retórico ou basilar para justificar o fim em seu provimento final, ou seja, a proporcionalidade é usada como uma técnica para decidir de modo a dar, somente, uma base retórica e não racional do que se decidiu, tornado um discurso vazio e pouco coerente na decisão.

O problema surge quando o próprio Supremo Tribunal Federal parte da concepção que a proporcionalidade está inserida no ordenamento jurídico brasileiro por consta de ser inerente a teoria dos Direitos Fundamentais, mas quando vai decidir, e então colocar a proporcionalidade na prática, o utiliza somente em um plano retórico, não sistemático e não racional, apenas para dar subsídios a sua lógica de decidir, o que transforma a proporcionalidade em mera técnica decisória ou argumentativa.

Daí o ponto de vista sustentado neste trabalho e coadunado pelo Professor Leonardo Martins, a assimilação do princípio da proporcionalidade pelo sistema jurídico brasileiro é no mínimo impreciso, não se tem a coerência, dentro da pluralidade de sentidos vindos da proporcionalidade, qual concepção e qual o meio de utilização que o ordenamento brasileiro adotou.

Tal imprecisão reflete em todos os ramos do Direito, mas em especial no Supremo Tribunal Federal, pois não utiliza de coerência no discurso dogmático jurídico da proporcionalidade com as práticas decisões em questões constitucionais.

O que se quer dizer é: a proporcionalidade, dado o seu caráter duplo de princípio e regra pode adentrar em níveis constitucionais e infraconstitucionais sem maiores problemas. Todavia, no nível constitucional deve-se ter uma coerência com a aceção que se adota, se ao partir da lógica do princípio de que ele é inerente aos Direitos Fundamentais, não se pode usá-lo como mero argumento retórico que justifique os fins na decisão (o que faz o Supremo Tribunal Federal). Assim o que se espera é coerência a concepção que o sistema venha a adotar quando se assimila o uso do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª. Ed. São Paulo. Saraiva. 2018.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Proporcionalidade como critério do controle de Constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros**. Cadernos de Direito da UNIMEP, v.3, nº 5, p.15-45, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, vol I, nº5 , Bahia, Ago 2001. www.direitopublico.com.br, data de acesso, 30/05/18.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial**. Belo Horizonte, Fórum, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais 798, (2002): 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. 4ª tiragem São Paulo: Editora Malheiros. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Fronteira da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006.