

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-089-3

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito
Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redundando em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recongnição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AT THE CONSTITUTIONALITY CONTROL

Rodrigo Valente Giublin Teixeira
Milton Roberto da Silva Sá Ravagnani

Resumo

: Trata do controle de constitucionalidade e suas formas, o sistema misto adotado no Brasil, suas origens, semelhanças e diferenças com os sistemas americano, austríaco e francês, as formas de controle direto e difuso. Estuda os princípios de interpretação e controle de constitucionalidade, as técnicas de ponderação nos conflitos entre direitos fundamentais discorre sobre o princípio da proporcionalidade, tema não muito explorado pela doutrina brasileira, faz uma digressão histórica sobre a origem de tal princípio e ressalta sua importância na ponderação dos direitos e princípios constitucionais conflitantes.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Princípio da proporcionalidade, Técnicas de ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

Deals about of the control of constitutionality and its forms, the mixed system adopted in Brazil, its origins, similarities and differences with the American, Austrian and French systems, the forms of direct and diffuse control. Studies the principles of interpretation and control of constitutionality, the weighting techniques for balancing conflicts between fundamental rights; Discusses the principle of proportionality, subject not much explored by Brazilian doctrine, makes a historical digression of the origin of this principle and emphasizes its importance in balancing the conflicting rights and constitutional principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control of constitutionality, Principle of proportionality, Weighting techniques

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AT THE CONSTITUTIONALITY CONTROL

RESUMO: Trata do controle de constitucionalidade e suas formas, o sistema misto adotado no Brasil, suas origens, semelhanças e diferenças com os sistemas americano, austríaco e francês, as formas de controle direto e difuso. Estuda os princípios de interpretação e controle de constitucionalidade, as técnicas de ponderação nos conflitos entre direitos fundamentais discorre sobre o princípio da proporcionalidade, tema não muito explorado pela doutrina brasileira, faz uma digressão histórica sobre a origem de tal princípio e ressalta sua importância na ponderação dos direitos e princípios constitucionais conflitantes.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Princípio da Proporcionalidade. Técnicas de ponderação.

ABSTRACT: Deals about of the control of constitutionality and its forms, the mixed system adopted in Brazil, its origins, similarities and differences with the American, Austrian and French systems, the forms of direct and diffuse control. Studies the principles of interpretation and control of constitutionality, the weighting techniques for balancing conflicts between fundamental rights; Discusses the principle of proportionality, subject not much explored by Brazilian doctrine, makes a historical digression of the origin of this principle and emphasizes its importance in balancing the conflicting rights and constitutional principles.

Key words: Control of Constitutionality. Principle of Proportionality. Weighting Techniques.

RESUMEN: Se trata acerca del control de constitucionalidad y de sus formas, el sistema mixto adoptado en Brasil, sus orígenes, similitudes y diferencias con los sistemas americano, austriaco y frances, las formas de control directa y difusa. Estudia los principios de interpretación y control de la constitucionalidad, las técnicas de ponderación para equilibrar los conflictos entre los derechos fundamentales; Discute el principio de la proporcionalidad, sujeto no explorado tanto por la doctrina brasileña, hace una digresión histórica sobre el origen de este principio y destaca su importancia en el equilibrio de los derechos en conflicto y los principios constitucionales.

Palabras clave: Control de Constitucionalidad. Principio de la Proporcionalidad. Técnicas de Ponderación.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle de Constitucionalidade: 2.1 Conceito; 2.2 Sistemas de Controle de Constitucionalidade; Princípios de interpretação e controle de constitucionalidade. 3. Princípio da Proporcionalidade: 3.1 A Técnica da Ponderação; 3.2 Evolução histórica do Princípio da Proporcionalidade; 3.2.1 Proporcionalidade ou Razoabilidade 3.3 Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade 4. Conclusão.

1 Introdução

Todo ato normativo, em seu nascedouro, traz consigo a presunção de harmonia com a norma constitucional vigente. Este é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. A presunção nasce da crença que o legislador, ao criar a norma, agiu dentro da regra constitucional. E é importante que a presunção exista, pois se diferentemente ocorresse, a ordem social estaria fragilizada, uma vez que os indivíduos poderiam deixar de cumprir um determinado dispositivo legal se não o considerasse constitucional. Esta é uma presunção *juris tantum*, ou seja, relativa, já que os dispositivos legais podem ser, a qualquer tempo, declarados inconstitucionais por meio de uma decisão judicial. Em outras palavras, pode-se dizer que a constitucionalidade dos atos normativos é presumida, mas a inconstitucionalidade precisa ser declarada.

A Constituição é um conjunto normativo que está “em posição de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico” (FACHIN, 2013, p.143). Por esta condição, não sofre contingência nem constrição por regra estabelecida no ordenamento infraconstitucional. Em caso de conflito de normas entre a Constituição e outro dispositivo não constitucional, têm-se a inconstitucionalidade deste. De fato, “inconstitucionalidade é a desconformidade entre uma norma da Constituição e outra infraconstitucional” (FACHIN, Op.cit., p.146). É, em resumo, a colisão entre normas de planos normativos distintos, sendo um deles a Constituição.

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição (BARROSO, 2014, p.107).

Neste contexto, “a supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo” (BARROSO, Op.cit., p.106) e ela está baseada no pressuposto de que a Constituição é o elemento que constituiu o próprio Estado. É ela quem define o que é, qual é, e a que se destina. E estipula em quais condições o Estado existirá. Logo, não há, e nem pode haver dentro dos limites do Estado constituído, dispositivo superior hierarquicamente à Constituição.

É fundamental não esquecer que “as constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão” (BARROSO, Op.cit., p.426). Assim, havendo conflito entre a norma constitucional e um dispositivo infraconstitucional, prevalece aquilo que rege a Constituição. Todavia, e

quando o conflito ocorre entre normas constitucionais, é correto se falar em inconstitucionalidade de norma constitucional? Seguindo o pensamento de Fachin (2013, p.146), é impossível se falar em inconstitucionalidade de norma constitucional.

Se [...] duas normas constitucionais (portanto, pertencentes ao mesmo plano normativo) forem incompatíveis entre si, não haverá inconstitucionalidade. Logo, deve-se afastar a possibilidade de inconstitucionalidade se uma norma da Constituição contrariar outra norma da Constituição. Tal incompatibilidade deve ser resolvida por outro critério.

Não se pode afastar a possibilidade da norma constitucional que institui direitos colidir com princípios ou interesses que ela mesma proteja. São casos como a tensão entre o desenvolvimento nacional e a proteção do meio ambiente, a defesa da livre iniciativa e o abuso do poder econômico, a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito à privacidade, ou a liberdade de reunião e a liberdade de ir e vir. Enfim, um sem número de possibilidade de colisões de direitos, princípios e interesses protegidos pela própria Constituição que podem criar incompatibilidades aparentes. E qual, ou quais o(s) critério(s) para resolver eventual incompatibilidade?

Assentado no princípio da unidade da Constituição, não pode o intérprete constitucional escolher arbitrariamente um dos lados, pois não há hierarquia entre as normas constitucionais. Assim, lhe caberá demonstrar argumentativamente, à luz do caso concreto, por ponderação e pautado no princípio da proporcionalidade encontrar a solução mais adequada à vontade da Constituição naquele caso específico. Essas linhas tentam trazer um pouco de luz sobre o problema conceituando o controle de constitucionalidade e suas formas, o sistema adotado no Brasil para tal controle, suas semelhanças e diferenças com os sistemas americano, austríaco e brasileiro, as formas de controle direto e difuso e, finalmente, discorrendo sobre o princípio da proporcionalidade e sua aplicação na ponderação dos direitos e princípios constitucionais conflitantes. O método utilizado é o dedutivo que se dará por meio de revisão bibliográfica.

2 Controle de Constitucionalidade

Resgatando de Konrad Hesse o conceito de que “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas” (HESSE, 1991, p.9), nos vemos forçados a compreender a Constituição não apenas como um instrumento normativo do qual se

originam os demais dispositivos infraconstitucionais, o que nos faz abandonar o conceito de ser a Constituição um instrumento ideal de intencionalidades e promessas para compreender que a Constituição de um país “expressa as relações de poder nele dominantes” (HESSE, Op.cit., p.9). É, sobretudo, “um processo aberto para a participação pluralista dos representantes das mais diversas tendências da sociedade, onde seja possível o debate das diversas alternativas” (DINIZ, 1995, p.15).

Ante essa constatação, torna-se inaceitável imaginar a Constituição apenas como uma carta de intenções e princípios, que não materializa os direitos nela inseridos. Afinal, seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É fundamental que ela ultrapasse a seara das intenções para ganhar força normativa e representar o condicionamento recíproco existente na realidade político-social de um povo. Nas palavras de Konrad Hesse (1991, p.20)

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resulta também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à *práxis* constitucional.

2.1 Conceito

Se a força da Constituição está na sua capacidade de representar as forças da sociedade, seus interesses e seus valores, e se ela traz consigo elementos de efetivação normativa de seus enunciados, então se reveste de um poder ímpar no seio da sua sociedade e justifica sua primazia ante os demais dispositivos normativos do ordenamento ao qual dá origem. Todavia, um poder tão expressivo não está, como já se disse, circunscripto ao meio jurídico, mas sobretudo, ao meio político.

Nesse contexto, o fenômeno político e o fenômeno jurídico são coexistentes. Daí a necessidade de haver um condicionamento dialético entre a estrutura jurídico-política e a realidade social que é subjacente. E, neste processo, essencial que se respeitem e se garantam a permanência dos fundamentos que alicerçaram a construção constitucional de um povo. Dessa forma, é impensável um poder absoluto exercido pelo Estado constituído sem restrições e controles. Isso porque o Estado não é apenas o governo, mas todas as forças que o constituem.

Assim, o sistema de controle de constitucionalidade serve para “proteger a Constituição, concretizar os valores constitucionais e aclarar o direito” (FACHIN, 2013, p.148). Na definição de BARROSO (2006, p.1-2), o controle de constitucionalidade é “um dos mecanismos utilizado pelo ordenamento jurídico para restaurar a harmonia do sistema, quando esta for quebrada”. É ele quem confere a compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Para que exista, dois pressupostos são necessários: a rigidez e a supremacia da Constituição.

A supremacia da Constituição demonstra sua importância máxima no ordenamento jurídico. Ela é a base de validade de todas as demais normas. Por esse motivo, qualquer lei ou ato normativo será tido como inconstitucional se estiver em desconformidade com a Constituição. A rigidez da Constituição é do mesmo modo pressuposto do controle de constitucionalidade. Para que possa ser considerada parâmetro de legitimidade de outros atos normativos, a norma constitucional necessita ter um método de elaboração mais dificultoso do que o das normas infraconstitucionais. Se as leis infraconstitucionais fossem feitas do mesmo modo que as leis constitucionais, não haveria inconstitucionalidade no caso de oposição, e sim, revogação do ato anterior (BARROSO, Op. Cit., p.1).

Conceituando, portanto, o controle de constitucionalidade, podemos dizer que se trata de um conjunto de instrumentos institucionalizados para fazer valer e preservar as disposições constitucionais negociadas com a sociedade. Esse controle pode se dar de diversas formas, de acordo com o modelo adotado pelo país.

2.2 Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Para assegurar o cumprimento das disposições constitucionais e, por conseguinte, o desejo emanado do poder constituinte, é preciso um arcabouço instrumental que permita a efetivação da norma constitucional. E o controle de constitucionalidade presta esta função baseado em um sistema que a operacionaliza. Como se dá este controle, especificamente a que órgão ele compete, de que maneira a constitucionalidade é questionada e quais os efeitos da decisão prolatada, são elementos definidos em cada Constituição por meio do modelo de sistema que lhe foi concebido.

O modelo difuso tem origem no constitucionalismo americano, que permite ao juiz fiscalizar a constitucionalidade das leis quanto aprecia um caso que lhe é oferecido a julgamento. De fato, no sistema americano “todos os órgãos do poder judiciário têm competência para

declarar a inconstitucionalidade de uma lei” (CAPPELLETTI, 1999, p.67) ou a sua aplicabilidade em caso de contrariedade com as normas constitucionais.

Num modelo assim, não está afastado o risco de insegurança jurídica e falta de uniformidade no entendimento da interpretação do que é e o que não é inconstitucional. Um juiz, de uma localidade, pode dar entendimento diverso ao que o tribunal de outra localidade define como constitucional. Nos EUA, berço do sistema, a solução encontrada foi dar às decisões de tribunais superiores o efeito vinculante. É o princípio *da stare decisis*, que faz sentido num sistema jurídico marcado pelo precedente, como é a *common law*.

No que tange ao modo, a apreciação da inconstitucionalidade nesse sistema se dá de forma incidental, não em ação própria: “as questões de constitucionalidade das leis não podem ser submetidas aos julgamentos dos órgãos judiciais em via principal” (CAPPELLETTI, Op.cit., p.102). E, como está afeta a um julgamento principal, é necessário que a questão incidental esteja afeta à questão de fundo e seu objeto. Caso contrário, sequer será apreciada. Já quanto ao alcance da decisão, ela vale apenas para as partes. Mas pode ser invocada como precedente para julgamento de outra questão similar. Seu efeito é tornar nulos os atos inconstitucionais, desde sua origem.

Em contraposição ao sistema americano, temos o que se convencionou chamar de “sistema europeu”, de controle concentrado de constitucionalidade. A origem do sistema vem da Constituição austríaca de 1920, o que fez com que o modelo recebesse a denominação de “sistema austríaco”. Nesse sistema, o controle de constitucionalidade se dá por um órgão específico, para o qual é atribuída a competência para julgar de forma definitiva a constitucionalidade das leis. No caso austríaco, o *Verfassungsgerichtshof*, ou Tribunal Constitucional, abreviado por VfGH. Não são todos os órgãos do judiciário, portanto, que têm competência para pronunciar ou declarar uma inconstitucionalidade.

Na Áustria, o VfGH tem finalidade exclusiva para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos. Não tem competência outra, como de última instância para recursos. A maneira para se provocar o órgão para decidir sobre a constitucionalidade também difere do modelo americano. Enquanto aquele se dá incidentalmente, no controle concentrado austríaco a provocação é por ação própria. A titularidade para ingressar com tal ação é limitada pela própria constituição. Assim, apenas aqueles titulares de direito expressamente catalogados pelo poder constituinte é que têm legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade de ato normativo.

Outra diferença essencial entre os dois modelos é o efeito da decisão. Enquanto no sistema americano o efeito é de nulidade de todos os atos normativos, o que implica fulminar seus efeitos desde sua concepção, no sistema austríaco o efeito é *ex nunc*, ou seja, somente a partir da publicação da decisão que seus efeitos atingem a norma questionada. Até então, a norma vige. Além disso, a decisão tem também o efeito *erga omnes*, ou seja, alcança a todos e não apenas às partes, independente de quem propôs a ação. Uma informação adicional se faz importante: o modelo austríaco foi concebido por Hans Kelsen, responsável pela elaboração do projeto de controle de constitucionalidade da Constituição de 1920. Por esse motivo, o sistema austríaco de 1920 recebe, também, o nome de sistema kelseniano.

O sistema concebido por Kelsen funcionou bem para a proteção da norma constitucional impedindo invasões inconstitucionais do legislador ordinário no âmbito das questões do poder público. Já quanto aos interesses dos individuais, especialmente na proteção dos direitos fundamentais, o sistema se mostrou falho, já que a titularidade para questionar questões constitucionais era restrita ao rol catalogado pelo poder constituinte originário. Ademais, os titulares tinham uma faculdade para questionar tais questões, não um dever. Logo, supressões dos direitos fundamentais acabavam relegadas.

De tal sorte que em 1929 uma reforma constitucional veio para redefinir o controle de constitucionalidade naquele país, promovendo alterações no modelo de forma a permitir que outros órgãos do judiciário, pela via da exceção, provocassem a ação de inconstitucionalidade. De todo modo, o modelo sofre críticas pela restrição à defesa do conteúdo da ordem constitucional e dos direitos e garantias individuais, pelo fato de “o indivíduo atingido não ter legitimidade de promover a sua anulação, de forma a garantir seus direitos” (BONAVIDES, 2001, p.278).

Já o modelo francês, que mantém seus pilares ainda no movimento revolucionário e a rígida separação dos poderes ali imposta, apresenta um controle de constitucionalidade preventivo. Lá não há a possibilidade de uma ação pelo particular ou por outro titular do direito para a alegação de inconstitucionalidade. O que ocorre é que antes de a norma ingressar no ordenamento jurídico ela é submetida a uma análise da constitucionalidade do texto por um órgão político, não judicial, o Conselho Constitucional. No caso francês, é o legislador, e não o judiciário, o protetor natural dos direitos e das liberdades:

O sistema francês não legitima o indivíduo a interpor recursos junto ao Conselho Constitucional quando se trate de violação de seus direitos e liberdades

fundamentais. Este órgão, destinado a um controle prévio da constitucionalidade das leis, somente por ser provocado pelos próprios parlamentares em número mínimo de 60, ou pelo Presidente da República, Primeiro Ministro ou Presidentes da Assembleia Nacional ou do Senado, de modo que uma eventual decisão normalmente está condicionada a questões ligadas à própria maioria parlamentar. Diz-se, pois, que um tal controle é exclusivamente político e bastante peculiar (BARROS, 2003, p.46-47).

Mesmo assim, é necessário ressaltar que o salto qualitativo no controle judicial das leis na Europa Continental se deu por força da transposição de teorias de limitação do poder de polícia havido no direito administrativo francês para os diplomas constitucionais dos demais países do continente.

Da fusão dos dois sistemas, o europeu e o americano, nasceram sistemas híbridos, como o brasileiro, chamado de sistema misto, por abrigar tanto a possibilidade de provocação do judiciário para declarar inconstitucionalidade de ato normativo (sistema difuso), quanto a forma concentrada, com um órgão do judiciário (STF) com competência exclusiva para apreciar a constitucionalidade em certos casos.

No Brasil, temos um sistema misto de controle, que “reconhece o seu exercício a todos os órgãos do Poder Judiciário, no caso concreto (controle difuso, via de exceção), como se defere ao Supremo Tribunal Federal a competência para, abstratamente e em tese, exercer a fiscalização (controle concentrado, via de ação)” (DINIZ, 1995, p.27).

O controle difuso pode ser realizado “em qualquer processo, por qualquer juiz e em qualquer tribunal. Basta que ele esteja exercendo a jurisdição” (FACHIN, 2013, p.152). Assim, esse controle cabe tanto aos órgãos de primeiro quando de segundo graus. E também aos tribunais superiores. Já o controle concentrado, este deve ser realizado por um órgão jurisdicional apenas. No Brasil, a competência é do Supremo Tribunal Federal (STF), salvo a hipótese em que pode ser feito pelos Tribunais de Justiça no âmbito dos respectivos Estados-membros.

Além do controle jurisdicional, há a possibilidade do controle político de constitucionalidade, que se dá de modo preventivo, quando da elaboração legislativa infraconstitucional. Nas casas legislativas, há a comissão de constituição e justiça, responsável por analisar a conformidade da matéria legível em relação à Constituição. Do mesmo modo, o executivo ao apor a sanção – ou denegá-la – exerce o controle político de constitucionalidade.

O controle será objetivo, ou abstrato, quando tiver por finalidade a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo visando à proteção da Constituição, e subjetivo, ou concreto, quando defender um interesse juridicamente protegido de alguém.

O controle difuso é previsto na Constituição brasileira nos artigos 97, 102, inciso III, letras “a”, “b” e “c” e 105, inciso II, letras “a” e “b”. O controle concentrado é disciplinado pelo art., 102, I, letra “a”, § 2º, e artigo 103, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado (MENDES, 1999, p. 256-257).

Além desses casos, estão previstos outros, como a Representação Interventiva para fins de intervenção federal nos Estados (artigos 34, VI e VII e 36, III e IV); a Representação Interventiva para intervenção nos municípios (artigo 35, IV); a Ação Direta de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, quando a competência é dos tribunais de justiça dos Estados (art. 125, § 2º); a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da Constituição Federal, que deverá ser apreciada pelo STF (artigo 102, parágrafo único); o Mandato de Injunção (artigo 5º, LXXI), além do preceito do artigo 103, §2º, que dispõe sobre o modelo abstrato de controle destinado a tornar efetiva norma constitucional.

2.3 Princípios de interpretação e controle de constitucionalidade

As normas constitucionais são espécies de normas jurídicas. Embora esteja afeta a uma dimensão política, como já dito, a Constituição alcançou, depois de uma dura evolução histórica, o status de força normativa. Tem, portanto, o atributo típico das demais normas jurídicas, que é a imperatividade. Esta característica dá às normas constitucionais a capacidade de aplicação direta e imediata dos direitos nela contemplados. E, mesmo carregando consigo os elementos clássicos das demais normas, apresenta algumas especificidades em relação às demais.

Podemos dizer que as normas constitucionais apresentam superioridade jurídica em relação ao restante do ordenamento. Tem conteúdo específico, caráter político e uma linguagem específica. Para sua interpretação, exige o atendimento a uma série de princípios: O primeiro

deles é o princípio da supremacia da Constituição. Aliás, este é o principal traço distintivo da norma constitucional; sua posição hierárquica superior às demais normas. Este é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que impôs a Constituição acima do Parlamento.

Como consequência desse princípio, “nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição” (BARROSO, 2014, p.323). É exatamente para assegurar este princípio que a ordem jurídica concebeu o controle de constitucionalidade.

Outro princípio de relevo é o da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. As leis e atos normativos, por serem atos do Poder Público em geral, desfrutam de uma presunção de validade. Esta, como já dito na introdução dessas linhas, é uma presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. Seu efeito é impor a quem alega a inconstitucionalidade da lei o ônus da prova. Este, enfim, “é o papel de uma presunção em direito: determinar que o ônus da prova é da parte que pretende infirmá-la” (BARROSO, Op.cit., p.324).

A presunção de constitucionalidade decorre da separação dos poderes e só perde sua eficácia quando uma sentença judicial declara a inconstitucionalidade. Podemos, então, resumir que a constitucionalidade das normas é presumida, porém, sua inconstitucionalidade precisa ser declarada.

Outro princípio norteador é o da interpretação conforme a Constituição. “É necessário admitir a existência de normas infraconstitucionais que tenham mais de um sentido” (FACHIN, 2013, p.139). Tal princípio impõe a juízes e tribunais que “interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, na maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais” (BARROSO, 2014, p.325).

Ensina Canotilho (2002, p.1212):

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas, deve se dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.

Assim, quando da interpretação da norma, deve o julgador, dentre as amplas possibilidades de interpretação possíveis, escolher aquela que tem mais afinidade com a Constituição.

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nesta hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirmar* uma das

interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição (BARROSO, 2014, p.325).

Temos, ainda, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Os atos jurídicos em geral comportam três planos distintos: da existência, da validade e da eficácia. A Constituição brasileira de 1988 instituiu um quarto plano, o da efetividade, ou seja, da realização do direito. O que significa trazer para o mundo prático os fatos e valores proclamados no seio da Constituição. É a aproximação do *dever-ser* normativo com o *ser* da realidade social. E, ante a realidade de que “um dos maiores desafios do intérprete da Constituição, no tempo presente, é dar a máxima efetividade às normas constitucionais protetoras de direitos fundamentais sociais” (FACHIN, 2013, p.137) cumpre ao legislador constituinte um forte senso de realidade para que não pretenda normatizar o inalcançável, ou materialmente impossível.

As normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estão ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estão que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição (BARROSO, 2014, p.245).

Outro princípio importante é o da unidade da Constituição. Sendo ela a norma de dá uniformidade ao ordenamento por irradiação de seus princípios, é inconcebível imaginar que ela não tenha unidade em seu texto. Ocorre que é comum acontecer, no corpo de uma Constituição, surgirem diversos dispositivos aparentemente contraditórios entre si, já que a Constituição é um documento dialético, que nasce do debate entre as diversas forças sociais. Natural, portanto, que abrigue em seu corpo valores e interesses contrapostos. Essa aparente contrariedade estabelece tensões que precisam ser harmonizadas.

Esta harmonização é necessária, posto não haver hierarquia entre normas constitucionais. Mesmo cogitando a possibilidade de certa hierarquia axiológica, “tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados – como a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida – a Constituição contém previsões de privação de liberdade (art. 5º, XLVI, a) e até pena de morte (art. 5º, XLVII)”(BARROSO, Op.cit., p.327), não se pode afirmar existir inconstitucionalidade desses dispositivos, já que “a Constituição não tem normas incompatíveis entre si”(FACHIN, 2013, p.135).

Para a harmonização de normas contrapostas, o critério cronológico tem valia apenas parcial, já que as normas constitucionais são promulgadas na mesma data. Restaria, no caso, as hipóteses de emenda constitucional a dispositivo não alcançado pela proteção das cláusulas pétreas. Mesmo o critério da especialização não dá conta de solucionar a maioria dos conflitos, já que as disposições constitucionais têm proposições gerais, não regras específicas.

Ante estas dificuldades resta a concordância prática entre os bens, preservando-lhes o máximo possível de cada um de forma que os direitos de uns sejam compatíveis com os direitos protegidos dos outros. Neste caso, a ponderação com concessões recíprocas é a melhor das escolhas, afinal, “os princípios constituem norma jurídica, gênero que alberga regras e princípios. Regras são concreções, são aplicações dos princípios, por isso mesmo não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas” (GRAU, 2013, p.1789). E não há antinomia entre princípios e normas constitucionais.

Dentro dessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade desempenha papel preponderante. Dada sua importância para solução de conflitos de direitos no âmbito da Constituição, especialmente os direitos da personalidade, convém analisar este princípio com mais acuidade, o que será feito a partir do próximo capítulo.

3 Princípio da Proporcionalidade

3.1 A técnica da ponderação

A Constituição brasileira reconheceu um elenco de direitos e, dentre eles, uns em especial que foram catalogados como direitos fundamentais. Tais direitos estão em pé de igualdade uns com os outros, sem que exista sobre eles critério hierárquico. Ocorre que pode haver – e de fato há – momentos em que alguns desses direitos colidem com outros de mesmo valor. E muitas vezes, “é o particular quem avança de forma ilegítima sobre a esfera de liberdade constitucionalmente garantida de outra pessoa” (REZENDE, 2014, p.15). E, em se tratando da necessidade de imposição de restrições a determinados direitos, precisamos de um mecanismo objetivo que permita ponderar qual direito deve preponderar.

Por muito tempo prevaleceu exclusivamente o raciocínio da subsunção na aplicação do direito. Pela subsunção, uma premissa maior (a norma) incide sobre uma premissa menor (o fato)

produzindo um resultado. O resultado, portanto, é a aplicação da norma sobre o fato concreto. Este é um raciocínio silogístico que resolve grande parte dos problemas do direito e de muita valia. Mas, nem sempre – e nem para todas as situações – a subsunção responde às necessidades que a vida real apresenta.

É o que ocorre quando há muitas premissas maiores incidindo em apenas uma premissa menor. Ou seja, muitas normas e princípios sobre um único fato. A lógica unidirecional da subsunção não dá conta de solucionar problemas dessa magnitude por trabalhar apenas com uma das normas, descartando as demais. Quando nos referimos a normas e princípios constitucionais, e ante ao princípio da unidade da Constituição, que nega hierarquia entre dispositivos constitucionais, a subsunção não é suficiente para a resposta que o direito exige.

Quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dá concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que elas permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico. As regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de validade, perdem eficácia em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se (GRAU, 2013, p.1789).

Ante esta realidade, a “interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e controlabilidade diante de normas que entre em rota de colisão” (BARROSO, 2014, p.361). Nasceu assim a técnica da ponderação que, na visão de Barroso (2014, p.361),

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna (BARROSO, Op. cit., p.361).

Podemos descrever a ponderação em três etapas: na primeira o intérprete identifica quais as normas que estão na incidência do caso em concreto e se há conflito entre elas. Os diversos fundamentos normativos que solucionam o caso devem ser agrupados para formar um conjunto de argumentos para cada lado da solução do conflito, para facilitar a comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na segunda etapa se deve examinar os fatos e suas circunstâncias concretas, pois “o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”(BARROSO, Op.cit., p.362). Na terceira fase, onde se dá de fato a ponderação,

analisa-se os argumentos e os fundamentos normativos em contraposição e se atribui peso a cada grupo.

Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (BARROSO, Op.cit., p.362).

Assim, todo esse mecanismo nos é dado pelo princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade. Este princípio “tem por escopo solucionar colisão de direitos fundamentais” (FACHIN, 2013, p.140). Não se pode afastar, ainda, a possibilidade de existência de leis restritivas de direitos. Ante tal fenômeno, mais uma vez nos vemos diante da necessidade de lançar mão da ponderação e do princípio da proporcionalidade. Cumpre, então, conhecermos um pouco melhor desse instituto, uma vez que “a doutrina brasileira não emprestou grande importância aos temas ligados” (BARROSO, 2003, p.15) a ele.

3.2 Evolução histórica do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade nasce da “ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração” (BARROS, 2003, p.37) pública. Isso em um momento histórico em que houve a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, formulado com o intuito de obstar o poder de coação do Estado absolutista do final dos Séc. XVII e durante o Séc. XVIII. É quando se fortalece a ideia de um direito natural que se lastreia na existência de um conjunto de valores inerentes ao homem por sua própria condição humana. Neste contingente de direitos está a liberdade, que é oponível inclusive ao soberano.

São direitos cuja existência precede à própria noção de Estado. Está com o homem desde seu nascimento como espécie e nem o Estado, nem seu soberano, podem suprimir. Inicialmente, a noção de proporção surge quanto às penas. Beccaria (1963, p.61) já apontava que “as penas devem ser proporcionais aos delitos”. Ademais,

A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do Poder Executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos dos cidadãos (BARROS, 2003, p.39).

A sedimentação do princípio da proporcionalidade e sua migração para o direito constitucional se deu a partir da formação dos estados modernos, e tem direta relação com os movimentos em busca da proteção dos direitos humanos e fundamentais. Embora a Inglaterra seja pioneira na elaboração de documentos escritos que visavam a assegurar direitos dos súditos em relação à monarquia (a *Magna Carta*, a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus*, o *Amendment Act* e a *Bill of Rights*), pelo fato de não ter uma Constituição escrita, não participou da constitucionalização do princípio da proporcionalidade.

Assim, este princípio foi florescer na Europa Continental e na América, tendo por ponto de partida a França e os Estados Unidos. Na França, o marco inicial é a revolução que destituiu o poder e a monarquia absolutista e o princípio da separação dos poderes. Porém, por não consolidar um controle de constitucionalidade de suas leis, aferrou-se ao princípio da legalidade, firmando a superioridade dos atos do parlamento sobre todos os demais.

É preciso lembrar que o constituinte francês pós-revolução não nutria grande apreciação pelos juízes, a quem atribuíam ligações firmes com o regime monárquico e, por essa particularidade, concedeu maior controle do arbítrio do poder público ao executivo. Essa jurisdição administrativa vigora ainda hoje e o controle dos atos administrativos ganhou a excelência do recurso pelo excesso de poder, instrumento apto a ser impetrado ante ao Conselho de Estado para a reforma de qualquer decisão administrativa que viole ao princípio da legalidade ou desvio de poder.

A farta literatura de direito administrativo está a demonstrar que o Conselho de Estado, como órgão superior da jurisdição administrativa, por seus valiosíssimos arestos proferidos ao longo de sua evolução, de há muito exerce um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, evitando possa a administração, sob o manto da legalidade, tornar-se arbitrária (BARROS, 2003, p.43).

Como se nota, o princípio da proporcionalidade, na França, está sedimentado no direito administrativo, deduzido do princípio da legalidade no seu sentido amplo. Todavia, a doutrina francesa do controle dos atos administrativos irradiou-se pelo Continente Europeu influenciando a legislação de outros países. Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade foi incorporado também no âmbito do direito administrativo.

A importância de todo o estudo do princípio da proporcionalidade na Alemanha deve-se ao fato de que aí ele ganhou seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do *bundesverfassungsgericht*, o qual, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi cunhado paulatinamente o princípio

por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não deve exceder sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais (BARROS, 2003, p.47).

Podemos dizer que o salto qualitativo na compreensão do princípio da proporcionalidade se deu à transposição ao direito constitucional das teorias de limitação do poder de polícia, do modo como foi concebido no direito administrativo francês e depois recepcionado na Alemanha, especialmente a partir da Constituição de Weimar, de 1919 que, entre outras inovações, elencou os direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais.

As condições históricas, todavia, e o aprofundamento da crise econômica e política na Alemanha pós-Primeira Guerra, e em especial a ascensão do Nacional Socialismo que mais tarde levaria Adolf Hitler ao poder, escancarou o fato de que não basta consagrar no texto constitucional um elenco de direitos sem que se estipulem condições concretas de efetivação desses dispositivos normativos. O horror da Segunda Guerra e a supressão dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de Weimar é a prova disso.

É a partir do fim da Segunda Guerra, com a nova Constituição Alemã, a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, que a noção de dignidade da pessoa humana se cristaliza e, assim, a tutela dos direitos fundamentais se torna mais efetiva, criando as condições para o esclarecimento e solidificação do entendimento do princípio da proporcionalidade como hoje o conhecemos. E esse princípio tem sido largamente utilizado no controle das leis restritivas de direitos, tanto nesses dois países como na maioria dos países da Europa Continental, que o recepcionaram em suas respectivas constituições.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado (MENDES, 1999, p.46).

De fato, no contexto atual dos direitos fundamentais o que percebemos, como sustenta Canotilho (2002), é uma significativa mutação do princípio da reserva da lei, cujo objetivo era principiologicamente defender os direitos básicos do indivíduo como uma reserva de liberdade para se dirigir ao próprio legislador de forma a dimensionar sua liberdade conformadora-concretizadora.

3.2.1. Proporcionalidade ou razoabilidade

Diferentemente do que ocorreu na Europa, que viveu períodos severos de turbulência institucional, especialmente por conta das duas grandes guerras, os Estados Unidos da América transcorreram, especialmente após sua Guerra Civil no início da segunda metade do Séc. XIX, um período longo de estabilidade institucional. Esta estabilidade permitiu a construção de mecanismos objetivos de efetivação dos atos estatais.

Importante, também, destacar a formação do direito americano desde a origem das colônias, o patulhamento da Coroa Britânica para a adoção da *common law* e as ondas de refluxo dos colonos provocando as tensões que permitiram a construção das leis locais ainda no período anterior à independência americana e sua Constituição. A instituição do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário e o *due process of law*, consagrado nas quinta e décima quarta emendas e o senso de proteção dos direitos fundamentais, especialmente a liberdade, “garantiram aos juizes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial e sob a influência do jusnaturalismo” (BARROS, 2003, p.62). Assim, o direito americano conseguiu refrear o arbítrio do legislador por meio do princípio da razoabilidade dos atos governamentais.

Pela similaridade entre os dois princípios e pelos resultados obtidos pela aplicação de ambos, que muito se assemelham, uma parte consistente da doutrina os entende como sinônimos entre si. A *reasonableness* dos americanos, nada mais é, na visão desses doutrinadores, como Suzana de Toledo Barros, do que a proporcionalidade do direito Europeu, que sustenta que “o princípio da proporcionalidade [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juizes na criação do direito” (BARROS, Op.cit., p.59).

A escola que opta por esse pensamento é vasta e consistente, com nomes de respeito como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, mas não unívoca. Vozes dissonantes, como Luis Virgilio Afonso da Silva, que refuta a sinonímia entre os dois princípios, entendendo haver autonomia em cada um e distinções substanciais entre si. Humberto Ávila (2001, p.4) vai além, classificando a proporcionalidade não como um princípio, mas como um postulado normativo aplicativo, o que leva ao raciocínio de que

não pode ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, antes resulta, por implicação lógica, da estrutura das próprias normas jurídicas

estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis.

Ao propósito desse texto, não há muita diferença prática se adotamos o conceito de Humberto Ávila, concordando não se tratar a proporcionalidade de um princípio e sim de um postulado normativo, ou se o acatamos sim por princípio como de resto se contenta ampla gama de doutrinadores. Vamos nos ater apenas na busca da distinção – se de fato há – entre a proporcionalidade e a razoabilidade.

Além do aspecto histórico da formação dos dois princípios, como já dito, há outros dois aspectos que promovem uma distinção entre ambos. Um diz respeito à estrutura e o outro sobre a abrangência de sua aplicação. O princípio da proporcionalidade, nascido da França e aperfeiçoado no direito germânico, recebeu da doutrina uma estrutura mais estratificada com uma distinção mais nítida dos seus três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sobre os quais nos detalharemos nas linhas seguintes. Já no princípio da razoabilidade, oriundo do sistema americano, a distinção entre os seus elementos nucleares (equidade, congruência e equivalência) não é tão evidente e não tão clara.

Quanto à aplicabilidade, o princípio da razoabilidade tem por escopo impedir atos e normas que destoem da razão e de permitir um certo equilíbrio equitativo que, como o próprio nome anuncia, escapem ao razoável. Já o princípio da proporcionalidade tem um campo bem maior de aplicação, servindo com um verdadeiro parâmetro para aferir a adequação e oportunidade de aplicação de um determinado comando normativo.

Assim, tomando o ensinamento de Humberto Ávila, e embora para o exercício do controle de constitucionalidade, bem como para a ponderação e sopesamento de direitos de mesmo nível hierárquico, o resultado objetivo da aplicação do princípio da proporcionalidade não divirja daquele obtido com a aplicação do princípio da razoabilidade, por uma questão de identificação precisa que compete ao magistrado ao justificar e arrazoar suas decisões, não se podem confundir os princípios em questão. Assim, devemos considerar que

a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual — como será demonstrado — não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa (ÁVILA, Op.cit., p.3).

De todo modo, convém não esquecer que a origem do princípio da proporcionalidade vem do direito penal, para a fixação das penas, enquanto o princípio da razoabilidade provém do direito administrativo. Mesmo com a evolução que a ambos alcança até deprendermos aos dias de hoje as acepções que a doutrina lhes confere, não são por origem sinônimos entre si, mas institutos distintos.

3.3 Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade

A cristalização do princípio da proporcionalidade no judiciário brasileiro tem provocado novas e fundamentais reflexões da própria jurisdição constitucional. De fato, a aplicabilidade do princípio não é simples e carrega consigo uma grande dose de subjetividade que faz aguçar a atenção de vários juristas. Afinal, a “possibilidade de se proceder à aferição sistemática da razoabilidade das leis, especialmente daquelas de índole restritiva, introduz uma nova dimensão ao controle de constitucionalidade, exigindo inclusive um reexame da relação jurisdição constitucional e política” (MENDES, 1999, p.71).

Na sua aplicação, tal princípio consiste em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. “Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do poder público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 2014, p.281). Porém, não se resume a essa aplicação, já que também “tem por escopo solucionar colisão de direitos fundamentais. Quando dois direitos fundamentais (exemplo: privacidade e publicidade) estiverem em colisão entre si, e de forma que não seja possível proteger a ambos, um deverá ser sacrificado” (FACHIN, 2013, p.140).

O destinatário do Princípio da Proporcionalidade é qualquer sujeito, seja ele o legislador, ao editar uma norma cujo conteúdo restrinja direito fundamental, seja o administrador ou mesmo o juiz. E também alcança o particular, em questões contratuais, trabalhistas ou mesmo de família, por exemplo. Sua formulação mais conhecida apresenta três momentos sucessivos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é “a capacidade de proporcionar o alcance do objetivo pretendido ou pelo menos contribuir para tanto” (ROTHEMBURG, 2014, p.98). Ou, mais explicitamente, pertinência lógica ao fim pretendido. O que se busca é uma relação efetiva entre aquilo que se

pretende com o meio utilizado para sua obtenção. Já a necessidade diz respeito ao fato de que “o meio utilizado deve trazer o menor sacrifício possível para alcançar com eficácia semelhante o objetivo pretendido” (ROTHEMBURG, Op.cit., p.98). Esta avaliação é bem complexa, pois é necessário imaginar uma comparação com outros meios que poderiam estar disponíveis no momento do ato.

O pressuposto da adequação (*geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*NotwendigkeioderEforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado (MENDES, 1999, p.72).

Já quanto ao núcleo da aplicabilidade, que é a proporcionalidade em sentido estrito, desta se exige um grande critério de razoabilidade, exigindo-se 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 de eventual medida restritiva. O que se busca é aferir a desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido.

A doutrina aponta várias alternativas para indicar de onde se extraiu o princípio da proporcionalidade na fundamentação jurídico-positiva. Vem do Estado de Direito, especialmente numa compreensão que inclua a promoção dos direitos fundamentais como sua matriz; deriva do dispositivo constitucional que atribuiu aplicação imediata dos direitos fundamentais e vincula a todos, mesmo o poder público e os particulares, sem excluir seus destinatários (art. 5º §1º da CF), ou por ser princípio implícito no sistema dos direitos fundamentais. Há doutrinadores, como Paulo Bonavides, que entendem haver uma derivação do direito de igualdade. Outros, como Wilson Antônio Steinmetz, que identificam como situado na cláusula da dignidade humana. Ainda, como André Ramos Tavares que entende extraído do princípio do devido processo legal. Mendes(1999, p.87) o vê a partir do inciso LIV do art. 5º da CF:

Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Enfim, o princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, serve para manter a ponderação entre posições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou entre direitos e

garantias constitucionais, e ainda 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 do 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 (BARROSO, 2014, p.283).

A conclusão é que o direito moderno não pode mais prescindir da interpretação das normas e princípios. Especialmente antes dispositivos constitucionais. A técnica da ponderação e a interpretação se convertem, então, num mecanismo eficaz da aplicação do direito, não desprezando o raciocínio silogístico da subsunção, mas não se limitando a ele e tendo em mente sempre a lição de Eros Grau (2013, 1789):

A interpretação do direito não se resume a simples operações de subsunção, como permanece a supor, repetitiva do que foi escrito no século XIX, grande parte da nossa doutrina. Desde algum tempo sabemos que texto e norma não se identificam, que o processo legislativo e o processo constituinte cessam na sanção da lei e na promulgação da Constituição para, após, instalar-se outro processo, o da elaboração normativa. Não se pode impunemente confundir a dimensão textual com a dimensão normativa da Constituição. Não se interpreta normas. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O significado [isto é, a norma] é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete.

As normas e princípios jurídicos existem para serem aplicadas nos casos concretos. Daí a importância na identificação do que prevalece, ante as circunstâncias do fato, no mundo real, onde estas premissas incidem. A ponderação e o princípio da proporcionalidade são, para os casos em que a subsunção não é eficaz, o caminho da interpretação da norma e dos princípios e sua aplicação no mundo das concretudes dos fatos.

4. Conclusão

O processo histórico da construção dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos da personalidade, foi árduo e custoso. A constitucionalização desses direitos é medida

relativamente recente no direito positivo. Mesmo assim, apenas positivizar o direito não lhe garante aplicabilidade. O exemplo da Constituição de Weimar é indiscutível. Dessa forma, garantir a efetividade dos direitos constitucionalizados é tarefa que não permite descanso.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade à disposição permitem essa efetivação e, dentro desses mecanismos, o princípio da proporcionalidade é ferramenta indispensável para o controle dos abusos legislativos e dos atos administrativos. Mais do que isso, mostra uma eficácia horizontal, permitindo a ponderação no conflito de direitos de mesma hierarquia para a obtenção da paz social e garantia de preservação dos direitos constitucionais. Mesmo não sendo amplamente estudado, especialmente na doutrina brasileira, tem fundamentos de pacificação social e equilíbrio das relações humanas. Na mesma medida em que permite o controle dos abusos contra o cidadão que os atos normativos inconstitucionais provocam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.

BARROS, Suzana Toledo de. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Livraria exposição do Livro, 1963.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRAU, Eros Roberto (et. al.). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*. In: Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Leni Luz Streck (coordenadores). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos Prestacionais da Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROTHENBURG. Walter Claudius, *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método, 2014.