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

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-132-6
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. Hermenêutica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

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

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PADRÃO DE DECISÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

LE CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ EN TANT QUE NORME DE DÉCISIONS ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU BRÉSIL.

Suzana Cecília Côrtes de Araújo e Silva

Resumo

Este trabalho objetiva apresentar sucinta análise da aplicação do critério da proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De início, serão pontuados os marcos históricos e teóricos da Nova Hermenêutica Constitucional, explicitando-se o processo de criação e desenvolvimento do Neoconstitucionalismo, bem como de seus métodos e princípios. A seguir, serão enumeradas as principais características do postulado da proporcionalidade, bem como seus elementos e a sua abordagem enquanto padrão de decisão a ser adotado pelo intérprete da norma restritiva de direitos fundamentais. Por fim, serão analisadas, a título exemplificativo, duas decisões da Suprema Corte brasileira, a fim de verificar o modo de abordagem do critério da proporcionalidade, bem como se sua adoção observa um padrão de decisão.

Palavras-chave: Critério da proporcionalidade, Padrão de decisão, Jurisprudência, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

Cette étude vise à présenter brève analyse de l'application du critère de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Dans un premier temps, sera ponctué les cadres historiques et théoriques des nouveaux herméneutique constitutionnelles si expliquant les processus de création et le développement du Neoconstitutionalism ainsi que leurs méthodes et leurs principes. En continuation, les principales caractéristiques du principe de proportionnalité seront cotées ainsi que leurs éléments et leur approche en tant que norme de décision qui sera adoptée par l'interprète de la norme restrictive des droits fondamentaux. Enfin, seront examinées à titre d'exemple, deux décisions de la Cour Suprême du Brésil afin de vérifier le mode dapproche de critères de proportionnalité, ainsi que leur décision d'adoption observe un motif.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Critère de proportionnalité, Standard de décision, Jurisprudence, Cour fedérale suprème

1. Introdução

Em breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, facilmente se pode observar a constante aplicação do postulado da proporcionalidade como fundamento de decisões em sede de controle de constitucionalidade. Tal regra, entretanto, não explicitamente prevista no texto constitucional, é fruto de sólida e gradativa construção de uma nova abordagem hermenêutica formulada no bojo dos marcos teóricos do Neoconstitucionalismo.

Diante desse quadro, e após considerarmos o conteúdo e todos os elementos que compõem o critério da proporcionalidade, vem-nos a seguinte indagação: esta regra hermenêutica, que concede ao intérprete um caminho a seguir quando da verificação da compatibilidade constitucional de norma restritiva de direitos fundamentais, é, e deve ser, sempre de observância obrigatória nestas situações? É possível considerá-la para a construção de um padrão de decisão? O Supremo Tribunal Federal desenvolveu um padrão de decisão na aplicação da regra da proporcionalidade?

Para respostas satisfatórias a essas questões, serão percorridos os marcos históricos e teóricos que embasaram e consolidaram o critério da proporcionalidade. Em seguida, discorrer-se-á acerca de seu conteúdo e elementos e, nesse contexto, serão verificados os padrões utilizados pela Suprema Corte brasileira quando de sua aplicação.

2. Objetivos

Analisar a construção histórica e teórica do critério da proporcionalidade.

Apresentar sucinta análise da aplicação do critério da proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3. Metodologia

A metodologia buscará o levantamento, a leitura e a análise crítica da literatura jurídica pertinente à temática ora abordada e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. Neoconstitucionalismo e o marco teórico da Nova Hermenêutica

A segunda metade do Século XX foi marcada pela redefinição da influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A Constituição passou a ser a protagonista de uma sequência de processos de redemocratização em diversos países ocidentais no pós-guerra e, este marco histórico é, também, o ponto de origem de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O desenvolvimento de uma nova hermenêutica não significa, de nenhuma maneira, a definitiva superação dos métodos e princípios tradicionais de interpretação das normas, especificamente das normas constitucionais. Todavia, expressa ele a realocação da Constituição no âmbito do sistema jurídico e parte, portanto, da consagração da força normativa de seu conteúdo e da expansão da jurisdição constitucional, encarregada de garantir a supremacia das normas constitucionais e o respeito à sua eficácia.

Essas últimas, dotadas de *status* de norma jurídica e de supremacia frente a todas as demais prescrições normativas do ordenamento, irradiam sua força e influência sobre as instituições contemporâneas e passam a ser o norte interpretativo para todos os outros ramos do direito. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram e sistematizaram um rol de princípios aplicáveis à interpretação constitucional os quais, como bem esclareceu Barroso (BARROSO, 2005): "de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais".

Destarte, a sistematização de uma Nova Hermenêutica constitucional é o fruto da constatação de que os métodos tradicionais, ainda que vigentes e utilizáveis para a solução da maior parte das questões jurídicas levadas à interpretação, já não eram mais suficientes para solucionar problemas ligados à efetivação da vontade constitucional. Construíram-se, assim, princípios hermenêuticos como a supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade e efetividade das normas constitucionais e, para o interesse deste trabalho, o princípio da proporcionalidade.

5. Nova Hermenêutica constitucional e o princípio da proporcionalidade como critério de decisão.

A atividade hermenêutica estruturada a partir da segunda metade do Século XX compreende um conjunto de métodos e princípios que, no âmbito constitucional, auxiliam e balizam a interpretação das normas constitucionais. A riqueza de possibilidades de aplicação de um e de outro, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, e a ausência de uma teoria que previamente esclareça qual método ou princípio deva ser aplicado em conjunto ou

separadamente, apresenta ao intérprete o sinuoso caminho que deve trilhar na justificação racional de suas decisões.

Os métodos hermenêuticos sugerem caminhos não necessariamente excludentes para se chegar a um fim. A título exemplificativo, é possível reunir na doutrina os seguintes métodos de hermenêutica constitucional: tradicionais (literal, histórico, sistemático e teleológico), tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e normativo-estruturante.

Tais premissas metodológicas são apuradas pelo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de princípios instrumentais de interpretação constitucional que, na definição de Barroso (BARROSO, 2013): "constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta". Os princípios da hermenêutica constitucional têm, portanto, o condão de nortear a atividade interpretativa e servir de esteio à formação de normas de decisão relativamente padronizadas, que unificam e harmonizam a Constituição, dando plena efetividade às suas normas.

Nesse contexto está o postulado da proporcionalidade, princípio hermenêutico que carrega em si valores como racionalidade, justiça e equidade e que é rotineiramente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da compatibilidade constitucional de leis e atos normativos face à proteção conferida aos direitos fundamentais. É nestes direitos, afirma Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2014), que o princípio da proporcionalidade ganha força e importância, vinculando-se em definitivo ao Direito Constitucional. Também o Professor Gilmar Mendes (MENDES, 2013) destacou a importância desse postulado:

> "No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhes dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões estre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo*."

Antes, porém de analisarmos algumas decisões da Suprema Corte brasileira quanto ao padrão de decisão que se extrai da aplicação do princípio da proporcionalidade, importa

questionar: será ele um princípio norteador da atividade interpretativa? Ou deve ser adotado como critério obrigatório na construção da norma de decisão?

5.1 – O caráter decisório da proporcionalidade.

Os princípios constitucionais, todos eles, contribuem para a hermenêutica constitucional, norteando a argumentação normativa e a aplicação das normas jurídicas. Adotando esse viés interpretativo do princípio da proporcionalidade e equiparando-o conceitualmente à razoabilidade, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2013) assim o define:

> "Consiste ele 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. Mais fácil de ser entendido que conceituado, o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva".

O valor hermenêutico-instrumental do princípio da proporcionalidade é também ressaltado pelo Professor Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2014), principalmente nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, situação em que, na sua opinião, seu uso mostra-se por demais adequado à uma solução conciliatória.

Os estudiosos aqui apontados reforçam, então, uma abordagem instrumental do postulado da proporcionalidade, a ele ofertando a essência da função principiológica de carga axiológica e norteadora. No entanto, a significação da proporcionalidade como princípio sofre severas críticas por parte considerável da doutrina que, adotando a clássica bipartição das normas jurídicas entre princípios e regras, formulada por Alexy (ALEXY, 2014), classifica tal postulado muito mais como uma regra do que como um princípio. É que, para além dos critérios de generalidade e abstração utilizados na diferenciação entre tais espécies normativas, na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, o ponto decisivo de distinção está no fato de que os princípios são *mandamentos de otimização*[1], que podem ou não ser satisfeitos, a depender das

[1] Aprofundando os esclarecimentos da relação entre a regra de proporcionalidade e mandamento da máxima otimização dos princípios: "Qual é a relação entre a otimização diante das possibilidades fáticas e a regra da proporcionalidade? As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais. Se para o fomento do princípio P1, há duas medidas estatais, M1 e M2, que são igualmente adequadas para esse fim, mas M1 restringe um outro direito fundamental P2, é de se admitir que a otimização desse princípio P2 exija que seja empregada a medida M2. Essa conseqüência da otimização de P2 em relação às possibilidades fáticas presentes nada mais é do que a já analisada sub-regra da necessidade.

circunstâncias fáticas e jurídicas que os envolvam; de outro lado, as regras são essencialmente *determinações*, que são satisfeitas ou não.

Sob tal perspectiva, a proporcionalidade deve ser vista como critério decisório imperativo na avaliação das restrições formuladas pelos legisladores a direitos fundamentais. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva vem dedicando seus esforços no intuito de apresentar uma teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou da construção do suporte fático para aplicação desses direitos.

Para tanto, a resolução da colisão entre direitos fundamentais mediante o princípio da proporcionalidade seria a metodologia hábil à delimitação do suporte fático, estipulando regras específicas que delimitariam o alcance dos núcleos essenciais de tais direitos. A proporcionalidade, portanto, é sempre tratada como regra uma vez que "não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações" (SILVA, 2002).

Nas lições de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2012), mais ainda, a proporcionalidade deve ser entendida como critério de uso obrigatório na verificação das restrições impostas pelo legislador aos direitos fundamentais, como um "limite do seu poder limitador". Daí pode-se concluir, então, que a proporcionalidade atua como regra hermenêutica que deve sim ser utilizada no balizamento das decisões que verificam a constitucionalidade de normas restritivas de direitos fundamentais.

5.2 – A Proporcionalidade como critério e a construção de um padrão de decisão.

Vinculada materialmente à análise de todos os atos legislativos que implicam na restrição de direitos fundamentais, a proporcionalidade é um critério auxiliar ao processo decisório e ilumina a atividade do intérprete na função de determinar se a escolha normativa pode ou deve prevalecer e, mais ainda, se ela é capaz de preservar ao máximo possível o direito fundamental que por ela sofre restrição. Vista, portanto, como método justificador da intervenção estatal em direitos fundamentais, mormente quando adotamos a diferenciação

---

Já o exame da terceira sub-regra - a proporcionalidade em sentido estrito - nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento, como já visto acima (item 5.3). Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito." In: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, p. 44.

formulada por Alexy entre princípios e regras, é de se ressaltar a relevância de seu uso sempre que o aplicador do direito estiver diante de uma medida que concretamente afete direitos dessa natureza.

Como bem remarca o Professor Gilmar Mendes (MENDES, 2013) a Corte Constitucional alemã construiu sólido entendimento no sentido de que

> "as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade".

O caráter cogente do critério decisório da proporcionalidade[2] para a verificação da constitucionalidade de medidas impositivas de restrições a direitos fundamentais nos impele à análise de seus aspectos implícitos. Tais aspectos, se observados, auxiliam na formulação de decisões que, ao lançarem mão deste método, possuirão um padrão contínuo e linear.

Antes, porém, de verificarmos esses elementos, importa salientar que nem sempre o Supremo Tribunal Federal, quando da análise da constitucionalidade de atos legislativos restritivos de direitos fundamentais, utiliza a regra da proporcionalidade na verificação da compatibilidade de tais atos face à Constituição. E, mesmo nos julgados em que expressamente faz uso de deste postulado, dificilmente vemos a adoção de um padrão de decisão que percorra todos os caminhos construídos pela doutrina e pela jurisprudência como elementos integrantes da proporcionalidade.

A construção de um padrão de decisão através da aplicação da proporcionalidade necessita observar, de fato, os elementos inerentes a este postulado – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque, os meios utilizados pelo legislador para a obtenção dos fins que almeja não devem apenas ser legítimos, precisam também ser adequados, necessários e, dentre os possíveis, o que menos restrições impõe ao direito que está sendo modulado.

O teste de adequação, a seu turno, exige perquirir se a medida estatal interventiva é adequada para a obtenção da finalidade a que se destina. De outro lado, é preciso também verificar se não há meio menos gravoso ao direito e igualmente hábil na consecução dos fins pretendidos (MENDES, 2013). Se o objetivo que se pretende alcançar puder ser atingido com

---

[2] Virgílio Afonso da Silva expõe seu entendimento: "A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais". *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, p. 43.

o uso de medida tão adequada quanto e menos onerosa ao direito fundamental restringido, então esta se impõe e o ato legislativo objeto de análise será tido por inconstitucional por violar a proporcionalidade. É preciso lembrar, ainda, que a presença de um meio, um fim e uma necessária relação de causalidade entre eles é essencial para que haja fundamento plausível à aplicação do postulado da proporcionalidade pelo julgador[3].

O domínio das fases que estruturam o exame da proporcionalidade é fundamental para o intérprete que almeja aplicá-la de forma correta e, assim, construir uma equilibrada relação entre duas grandezas igualmente relevantes. Afinal, estaremos sempre tratando, de um lado, de um direito fundamental que deve ser observado em sua máxima eficácia e, de outro lado, do poder do legislador e do administrador de restringi-lo, ao que se espera, de modo racional. Além disso, como sabemos que a verificação *a posteriori* desse equilíbrio é papel do julgador/intérprete, é imprescindível que possua profunda noção de cada elemento que compõe o caráter trifásico do princípio hermenêutico aqui tratado.

Neste ponto, é interessante destacar a ressalva vigorosa feita pelo Professor Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2002) para quem, além da imprescindível observância dessas três etapas quando da aplicação da regra de proporcionalidade, é essencial que elas sigam a seguinte ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A sua ressalva dá-se no seguinte sentido:

> "A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade 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. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção."

O elemento da adequação, em primeiro lugar, exige uma comprovação empírica de que o meio eleito leva à realização do fim almejado, ou ao menos o fomenta. O intérprete irá, então, verificar se o meio utilizado pelo legislador/administrador será capaz de gradualmente promover ou fomentar a realização do fim. Mas o que seria, enfim, um "meio adequado"?

---

[3] O Professor Humberto Ávila ensina que o critério da proporcionalidade "se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)". E conclui: "Sem em meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico". ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 15ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 204-205.

Aqui Humberto Ávila esclarece que seria aquele que de modo mais intenso, melhor e mais seguro garantiria a realização do fim. Por óbvio, frisa o autor, que esses três critérios nem sempre estarão consolidados no momento da escolha, já que não seria plausível exigir a melhor escolha, mais segura e mais intensa do órgão que promove a medida, bastando que dela se possa extrair a mínima promoção do fim (ÁVILA, 2014). E, nesse sentido, o intérprete que está a analisar a constitucionalidade da medida necessita ter em mente tal observação e esforçar-se para considerar as circunstâncias concretas *do momento da escolha*, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes, que exige o respeito ao mínimo de autonomia que possuem o legislador e o administrador público.

Dessa maneira, na análise desse primeiro elemento específico do critério da proporcionalidade, o Poder Judiciário só deverá invalidar a medida se restar comprovada uma flagrante e cabal inadequação do meio eleito, que não seja por nenhum modo justificável. Se, dentre as escolhas possíveis, a medida eleita para restringir o âmbito de proteção do direito fundamental for justificável – mesmo que empiricamente não represente a melhor, mais segura e mais intensa, teremos que a medida deverá ser declarada válida, numa apreciação moderada do elemento *adequação*.

E, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou por uma avaliação moderada da adequação no princípio da proporcionalidade, conforme veremos mais adiante, quando da análise de algumas decisões envolvendo o postulado aqui trabalhado[4].

O segundo elemento da tríade que integra o *passo a passo* da aplicação do critério da proporcionalidade é a necessidade. Busca-se aqui uma ponderação em duas etapas: num primeiro momento, é preciso verificar e elencar a existência de outros meios (além do eleito) que igualmente promovam a realização do fim; feito isso, analisar-se-á se, dentre estes, há algum que alcance o fim desejado impondo, contudo, restrições menos onerosas aos direitos fundamentais envolvidos. O intérprete, nesse contexto, deverá ser capaz de identificar se as restrições aos direitos fundamentais decorrentes do meio escolhido são realmente necessárias ou se há outro meio menos oneroso, mas que igualmente satisfaz à concretização do fim[5].

Neste ponto, forçoso reconhecer, como o fez Humberto Ávila, a dificuldade que reside no exame desse segundo aspecto inerente à proporcionalidade (ÁVILA, 2014). A uma porque nenhum dos meios possivelmente considerados será, sob todos os aspectos, igual ao outro. A duas porque, por mais que se esmere o intérprete na observação minuciosa do meio mais suave

[4] Cf. RE 603.583. rel. Min. Marco Aurélio.
[5] O STF, na análise do MC na ADI 855-2, rel. Min. Sepúlveda Pertence, declarou a inconstitucionalidade de medida restritiva por considerar que existiam outras menos gravosas aos direitos fundamentais atingidos.

e menos gravoso, sempre poderá se deparar com a seguinte situação: há um meio menos gravoso, mas que, de igual modo, promove menos o fim almejado; de outro lado, há um meio que concretiza intensamente o fim, mas que traz ao direito fundamental atingido uma grande restrição, "daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já foi afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação" (ÁVILA, 2014).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito delega ao intérprete a verificação da importância do fim *versus* o grau de restrição imposta aos direitos fundamentais. O que se busca perquirir, nesta etapa, é se as vantagens a serem obtidas por meio da adoção das medidas eleitas justificam as desvantagens por elas mesmas causadas, os ônus restritivos impostos aos direitos fundamentais envolvidos. Esclarecedora é a lição de Virgílio Afonso (AFONSO, 2002):

> "Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional."

Destarte, o uso do critério da proporcionalidade para a construção de um padrão de decisão deve, de modo imprescindível, respeitar cada uma dessas etapas. E, mais ainda, é preciso que o seu aplicador, mormente quando se tratar de controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tenha profunda ciência da medida de suas competências e dos fins para os quais foram elas estabelecidas. O uso padronizado da proporcionalidade será sempre mais fácil e claro quando o ato normativo analisado foi evidentemente errôneo, porém, se assim não o for, a medida da atuação judicial será ainda mais tênue o que, por sua vez, não justifica de pronto que deva ser afastada.

6. O padrão de decisão construído pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do critério da proporcionalidade.

Neste ponto, segue-se a proposta de analisar o comportamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quando da aplicação do princípio da proporcionalidade. Objetiva-se,

aqui, verificar se tal postulado tem sido adotado como critério para a hermenêutica constitucional da Corte, por meio da aplicação didática e metodológica dos elementos inerentes à proporcionalidade, ou se apenas tem servido de princípio retórico para a justificação das pré-compreensões do intérprete.

Para tanto, tomaremos por objeto de estudos duas emblemáticas decisões do STF nas quais o postulado hermenêutico da proporcionalidade foi decisivo na verificação da compatibilidade da norma em análise com a Constituição Federal, quais sejam: o Recurso Extraordinário nº 603.583/RS, no qual o Plenário do Supremo declarou constitucionais os artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94, os quais condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à referida autarquia a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil; e ainda, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence e que teve por objeto lei estadual que obrigava a pesagem de botijão de gás às vistas do contribuinte.

Ressalte-se, contudo, que a escolha dessas duas decisões não pretende exaurir a jurisprudência do Supremo Tribunal na aplicação do critério da proporcionalidade e, muito menos pretende fornecer uma única resposta correta sobre a questão. Apenas objetiva ilustrar o modo como o STF vem aplicando o postulado, na intenção de analisar se ele o adota como obrigatório quando da análise de medidas restritivas de direitos fundamentais e, nas situações em que o adota, se observa com sistematicidade e rigor os três elementos que compõem dito critério. Assim, poderemos extrair conclusões acerca da existência ou não de um padrão de decisão na Corte Suprema, quando esta se depara com tais situações.

Antes, porém, de adentramos nessa seara, entendemos expor o relevante esclarecimento feito pelo Professor Humberto Ávila, e com o qual concordamos e nos filiamos, dentro de uma perspectiva neoconstitucionalista e de uma Nova Hermenêutica já abordada nas primeiras linhas deste estudo (ÁVILA, 2014). Ávila reconhece que uma das grandes dúvidas acerca do princípio da proporcionalidade refere-se ao estabelecimento de limites ao controle jurisdicional de atos emanados do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

É que, quanto a essa questão, muitos doutrinadores manifestam sua contrariedade ao afirmarem que o deslocamento do controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do órgão elaborador da norma para o órgão que a aplica evidencia provável ofensa ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio democrático, uma vez que o aspecto material da norma seria posto à julgamento por órgão desprovido do respaldo democrático da representatividade. Ávila, na obra acima mencionada, inicia sua defesa nos alertando para o

fato de que o exercício mesmo das prerrogativas inerentes à democracia não deve fugir ao controle de constitucionalidade, mormente quando restringe direitos fundamentais.

Segundo o estudioso, a apuração das medidas em que essas competências estão sendo exercidas cabe sim ao Poder Judiciário, o que de modo algum afasta a necessidade de critérios que balizem o controle material que este Poder irá exercer. Isto porque se está a tratar de medidas que restringem direitos fundamentais e que, portanto, obrigatoriamente precisam estar bem fundamentadas. Avança o autor afirmando que, mais ainda, em havendo evidências de erro na escolha do legislador do meio que restringiu direitos fundamentais, considerando a relevância do bem jurídico protegido e estando o Judiciário munido de argumentos racionais e seguros, nessas situações, ao jurista cabe "avaliar a avaliação" e detalhadamente analisar se o princípio democrático foi de fato respeitado e se não haveria outra medida que melhor promovesse o fim esperado, com menores gravames aos direitos fundamentais.

Por outro lado, não significa isso a completa ausência de parâmetros para a atuação judicial no controle de constitucionalidade, pois se houver dúvidas quanto aos efeitos do ato e se o contexto legislativo apresentar vasta abertura na ponderação a ser exercida pelo legislador ou pelo administrador, tanto menor deverá ser o âmbito do controle jurisdicional.

É esclarecedora e conclusiva a seguinte passagem (ÁVILA, 2014):

> "Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência".

E conclui (ÁVILA, 2014):

> "Se tudo isso foi feito – mas só nesse caso – a decisão tomada pelo Poder Legislativo é justificável (*vertretbar*) e impede que o Poder Judiciário simplesmente substitua sua avaliação. Mas, veja-se: a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. Sem o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder."

6.1 – Análise do Recurso Extraordinário nº 603.583/RS. Verificação da constitucionalidade do exame de Ordem como requisito para o exercício da advocacia.

Trata-se de Recurso Extraordinário em que o Supremo Tribunal Federal fora instado a se manifestar acerca da constitucionalidade dos artigos 8º, inciso IV e § 1º e artigo 44, inciso II, da Lei Federal nº 8.906/94. Dita lei institui o Estatuto da Advocacia e estabelece, nos artigos mencionados, a obrigatoriedade de aprovação em exame de conhecimentos jurídicos como condição para inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, delegando a esta autarquia a competência para regulamentar e promover a seleção dos advogados em todo o país.

Seguindo a relatoria e voto do Ministro Marco Aurélio, o STF, por unanimidade, entendeu pela constitucionalidade das medidas restritivas do direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. Este preceito constitucional estabelece que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", e, diante da possibilidade de restrição prevista na própria norma constitucional, fundando-se no critério da proporcionalidade, a Corte entendeu que a obrigatoriedade de aprovação no exame da Ordem, como condição de inscrição em seus quadros, é medida adequada, necessária e proporcional aos fins almejados.

O Eminente Relator iniciou sua abordagem esclarecendo o conteúdo jurídico do direito fundamental em questão. Tal postura é, sem dúvida, imprescindível pois, para verificar a proporcionalidade de uma medida que restrinja o âmbito de proteção de um direito fundamental, é preciso antes conhecer seu conteúdo e, mais ainda, observar se a norma constitucional permitiu ao legislador a adoção de regra atinentes a moldar sua amplitude.

Nesse contexto, restou consignado na decisão que a liberdade de ofício, direito fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, deve ser assegurada pelo Estado, cuja função é pô-la à disposição dos indivíduos os instrumentos necessários ao seu alcance, garantindo isonomia nas condições de acesso. Esta garantia, portanto, impõe ao Estado o dever de não privar o indivíduo, salvo nos casos previstos em lei e desde que estes sejam razoáveis e proporcionais. Aqui, o próprio texto constitucional autorizou o estabelecimento, por parte do poder público, de exigências de qualificação profissional, denotando, segundo o Min. Marco Aurélio, a preocupação do constituinte de proteger não apenas a esfera individual, mas também a coletividade, na qual será desenvolvido o mister profissional de potencial risco coletivo.

A Suprema Corte, então, passou a analisar se a restrição imposta pelo Estado no tocante ao exercício da advocacia – obrigatoriedade de aprovação em exame promovido pela OAB – violaria o núcleo fundamental do direito à liberdade de profissão. Para tanto, o Eminente Relator observou a pertinência de por à prova a medida restritiva em face do teste da proporcionalidade e trilhou o "passo a passo".

Dessa forma, a escolha feita pelo legislador, dentre as possibilidades existentes no momento da escolha e em observância à autorização que lhe foi dada pela própria norma contida no artigo 5º, inciso XIII, da Carta Magna, foi primeiramente submetida ao teste da *adequação*. Adotando as lições de Humberto Ávila, segundo o qual a etapa da adequação somente poderá ser considerada como não respeitada se a medida eleita for incapaz, de qualquer maneira, de promover ou fomentar o fim almejado, o Min. Marco Aurélio posicionou-se no sentido de que "o exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados". E prossegue: "consigno que o exame da Ordem atesta conhecimentos jurídicos, o que o faz congruente com o fim pretendido – o de proteger a sociedade dos riscos relativos à má operação do Direito."[6]

Portanto, o elemento da adequação foi considerado presente na medida restritiva objeto da via recursal em análise.

Em seguida, a Corte analisou se, dentre as medidas alternativas para o alcance ou promoção do fim, aquela era, de fato, a menos onerosa ao direito fundamental tutelado. Em verdade, no caso prático, é preciso questionar se, no rol de possíveis medidas hábeis a verificar as 'qualificações profissionais' a serem exigidas para o exercício da advocacia, o exame previsto no artigo 8º, inciso IV e § 1º, do Estatuto da Advocacia, é o meio menos oneroso – mas também eficaz – para direito fundamental ao livre exercício da profissão.

É facilmente verificável que essa segunda etapa também foi cumprida no voto em análise. Aqui, o interessado alegava que haveria sim meio menos gravoso: a punição do profissional posteriormente à ocorrência de um fato danoso. Ocorre que o STF considerou que, a despeito de ser este um meio provavelmente menos oneroso ao livre exercício da profissão de advogado, não seria ele eficaz à proteção da coletividade. Assim, considerando-se que o elemento *necessidade* importa na escolha da medida menos onerosa, mas também eficaz, a Corte entendeu que o exame da Ordem preenche satisfatoriamente o elemento *necessidade*, vejamos:

> "Nesse ponto, desfaz-se a argumentação do recorrente, porquanto a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. (...) Um dos propósitos da ordem jurídica é precisamente impedir lesões ao patrimônio econômico e moral dos indivíduos, razão pela qual o raciocínio empregado pelo recorrente não subsiste nesse ponto."

[6] RE nº 603.583/RS.

Por fim, o Min. Relator enfrentou a terceira e última etapa da aplicação da regra da proporcionalidade. Nesta fase, cabe sopesar a importância da efetivação do fim a ser fomentado pela restrição em relação à intensidade da restrição ao direito fundamental. Assim sendo, no caso em tela, verificar-se-á, num processo de ponderação, a relevância do resultado a ser obtido com a submissão dos bacharéis em direito a um teste de "qualificação profissional" diante da restrição imposta à liberdade profissional.

Tomando por base, então, a potencialidade de risco gerado à coletividade pelo desempenho da atividade profissional, a Corte entendeu que os benefícios oriundos da medida restritiva – aprovação em exame da Ordem como condição ao exercício da advocacia – justifica a limitação imposta à liberdade de profissão, prevista no artigo 5ª, inciso XIII, da Constituição Federal. O Relator frisou que "quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Por contraposição lógica, se não existe risco, é inadmissível qualquer restrição".

Após a observância de todas as etapas para a aplicação do critério da proporcionalidade, o Min. Marco Aurélio assim concluiu:

> "Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade."

Pelo exposto, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal, no caso ora esmiuçado, aplicou a regra da proporcionalidade como critério de decisão para o controle de constitucionalidade de lei federal. Ademais, observou todas as etapas a serem analisadas como elementos do dito postulado, respeitando, inclusive, a ordem normalmente sugerida pela doutrina majoritária e que, nas lições já mencionadas de Virgílio Afonso da Silva, repita-se, estabelece uma relação de subsidiariedade entre elas.

Ocorre, entretanto, que nem todas as decisões prolatadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade de norma restritiva de direitos fundamentais são submetidas à regra da proporcionalidade. Aqui, de logo se pode concluir que o Supremo não adota tal postulado como de observância obrigatória sempre que se está a analisar a constitucionalidade de um meio eleito para conformar restritivamente o âmbito de proteção de um direito fundamental.

Além disso, conforme verificaremos no tópico seguinte, é comum e, nos arriscamos a afirmar, chega a ser majoritário o uso do critério da proporcionalidade apenas como um recurso retórico para a justificação de pré-compreensões dos julgadores. Nessas situações, o intérprete

apenas faz menção ao princípio, sem observar nem mesmo os três componentes a ele inerentes, sendo a fundamentação simplesmente pressuposta. Vejamos.

6.2 – Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR. O caso da "pesagem dos botijões de gás".

Tratou-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em face da Lei do Estado do Paraná nº 10.248/93 que, com o escopo de promover a proteção aos direitos do consumidor, exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença destes e que, além disso, possíveis sobras no botijão de gás devolvido deveriam ser ressarcidas ou abatidas do preço de um novo botijão. A Requerente, Confederação Nacional do Comércio, alegou que tal medida violaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade por impor medida restritiva desproporcional ao fim almejado, em flagrante violação ao direito fundamental à livre iniciativa.

O Supremo Tribunal Federal acatou tal argumentação, conforme se pode observar da Ementa do julgado, *in verbis*:

> "Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem 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 e 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente."

Assim seguiram-se os votos:

O Min. Octávio Galotti, Relator da medida liminar, afirmou que o caso em julgamento não se situava no campo da aferição da proporcionalidade da lei impugnada, limitando-se a justificar seu entendimento no sentido de que a compreensão da norma em estava muito mais adstrita aos dados concretos apresentados na instrução processual. Como de pronto afastou a aplicação do critério da proporcionalidade para a solução da demanda, não adentrou, portanto, na minuciosa verificação do *passo a passo*. A despeito disso, deu provimento a Ação sob o fundamento de violação à competência privativa da União, prevista no art. 22, IV, da CF.

Em seguida, o Ministro Nelson Jobim, acompanhando o Relator nos mesmos fundamentos, julgou procedente a ADIn por violação da competência privativa da União, postergando a análise da proporcionalidade da medida restritiva do direito fundamental à livre

iniciativa. Acompanhando também o Relator, o Min. Maurício Corrêa apenas acrescentou que "a regra estabelecida por essa norma cria mecanismos de complicação até para o consumidor, trazendo dificuldades insuperáveis. É uma lei, a meu ver, por isso mesmo, de conteúdo tal que não guarda nenhum sentido de racionalidade". Mais uma vez, eximiu-se da análise dos elementos específicos da regra da proporcionalidade.

Acompanharam também o Relator, sem aprofundarem-se na análise da proporcionalidade: Min. Ilmar Galvão, Min. Ricardo Lewandowski e o Min. Cezar Peluzo, este último frisando superficialmente que a medida restritiva não seria adequada à promoção do fim almejado, mas sem adentrar nas minúcias da aplicação do critério da proporcionalidade.

Em seguida, os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Celso de Mello julgaram improcedente a ação, mas não adentraram, do mesmo modo, na verificação específica das etapas da proporcionalidade, nem mesmo a invocando de modo superficial ou retórico.

O único Ministro, portanto, que defende a importância da verificação satisfatória do preenchimento dos subprincípios da regra da proporcionalidade é o Min. Gilmar Mendes. Em seu voto, o Eminente Julgador assim ressalta a relevância de tal análise:

> "Temos, sim, de verificar se a lei não esvazia o conteúdo de direitos fundamentais, e, nesse sentido, temos de examinar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Por isso não me parece que, aqui, estejamos a invadir competências do legislador, mas simplesmente a cumprir esta tensão que, na verdade, é permanente: jurisdição constitucional e democracia; jurisdição constitucional e parlamento; jurisdição constitucional e separação de Poderes; todas essas antinomias que se colocam. Mas esse é um dado inevitável."[7]

No entanto, ainda assim, da leitura completa do Acórdão não é possível encontrar, em momento algum, uma análise completa e profunda da regra da proporcionalidade. Em verdade, a despeito de fazê-la constar remissão ao princípio da proporcionalidade na própria ementa do julgado, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade da norma, a Corte Suprema nem mesmo enfrentou a aplicação do postulado no caso concreto.

7. Considerações Finais

Perpassando o marco histórico e teórico do Neoconstitucionalismo, chegamos ao conteúdo do postulado da proporcionalidade, seus elementos, seu caráter de critério obrigatório

[7] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR.

para uma sólida hermenêutica constitucional e, por fim, analisamos sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Os exemplos jurisprudenciais aqui abordados, como títulos apenas ilustrativos do comportamento da Suprema Corte brasileira quando fundamenta suas decisões no princípio da proporcionalidade, nos levam à conclusão de que, muito mais do que uma abordagem sistemática, rigorosa e profunda deste que é um dos instrumentos mais relevantes na ponderação de direitos fundamentais, a alusão à proporcionalidade é, em sua maioria, um mero recurso retórico.

O STF, em diversas decisões das quais selecionamentos empiricamente as analisadas no presente trabalho, recorre à fórmula "em face do princípio da proporcionalidade" sempre que intenciona afastar condutas abusivas ou atos legislativos supostamente violadores de direitos fundamentais. No entanto, em sua maior parte, tais julgados fundados no critério da proporcionalidade a ele fazem remissão de conteúdo simplesmente pressuposto, raramente adentrando no cumprimento metodológico e sistemático de suas fases – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Limitam-se a declarar inconstitucional certo preceito normativo "por violação ao princípio da proporcionalidade".

De outro lado, o comportamento jurisprudencial do STF também não se mostra voltado a uma conduta obrigatória de observância da regra da proporcionalidade sempre que a medida em análise representar restrição a direitos fundamentais. A despeito da sistemática inegavelmente útil e inerente a tal postulado, inúmeros são os casos em que a Suprema Corte brasileira debruça-se sobre a verificação de compatibilidade constitucional de certo preceito normativo à luz da proteção dos direitos fundamentais e, mesmo assim, sequer menciona o critério da proporcionalidade.

Forçoso, então, concluir que o critério da proporcionalidade, no âmbito da jurisprudência construída pelo Supremo Tribunal Federal, não é adotado com o intuito de consolidar um padrão de decisão. E, mais ainda, mesmo nas demandas concretas em que é mencionado, raras são as vezes em que tal remissão se faz de modo profundo e metodológico, lançando-se mão de tal regra apenas como fundamento de pré-compreensões do intérprete ou como justificativas retóricas.

Referências bibliográficas.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 90-91.

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: 11 de novembro de 2014.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 15ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 21 nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, p. 23-50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 603.583/RS.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR.