

X CONGRESSO DA FEPODI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES
NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA (ON-LINE)**

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Livia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

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

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA (ON-LINE)

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

**O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE NO PENSAMENTO JURÍDICO
GERMÂNICO E SUA INFLUÊNCIA NA DOCTRINA E NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRAS**

**EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO
ALEMÁN Y SU INFLUENCIA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL BRASILEÑAS**

**Robson Felipe de Lima Junior
Ana Beatriz Rebello Presgrave ¹**

Resumo

O trabalho trata da proporcionalidade como critério constitucional de limitação às restrições de direitos fundamentais pelo Estado. Foi abordado o tema em perspectiva comparada na doutrina, legislação e jurisprudência constitucionais brasileiras e alemãs. Tem como objetivo comparar a realidade jurídica desses países no que diz respeito ao critério da proporcionalidade. Como procedimento metodológico foi utilizada a pesquisa qualitativa explicativa, com revisão bibliográfica, doutrinária e da jurisprudência constitucional relevantes desses países. A introdução trará referências às primeiras menções à proporcionalidade. Seguir-se-á no desenvolvimento com o estudo dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dele no Brasil e na Alemanha. Verifica-se que há diferenças qualitativas nas abordagens de ambos os tribunais. Conclui-se com o entendimento do perigo aos direitos fundamentais no âmbito brasileiro ao se fazer uma análise baseada unicamente em sopesamento de princípios.

Palavras-chave: Proporcionalidade, Brasil, Alemanha

Abstract/Resumen/Résumé

El trabajo aborda la proporcionalidad como criterio constitucional de limitación a las restricciones de derechos fundamentales por parte del Estado. Se ha abordado el tema desde una perspectiva comparada en la doctrina, legislación y jurisprudencia constitucional de Brasil y Alemania. El objetivo es comparar la realidad jurídica de estos países en relación con el criterio de proporcionalidad. Como procedimiento metodológico se utilizó la investigación cualitativa explicativa, con revisión bibliográfica, doctrinaria y de jurisprudencia constitucional relevante de ambos países. La introducción hará referencia a las primeras menciones de la proporcionalidad. Luego, en el desarrollo, se estudiarán las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre este tema en Brasil y Alemania. Se observan diferencias cualitativas en los enfoques de ambos tribunales. Se concluye con la comprensión del peligro para los derechos fundamentales en el ámbito brasileño al realizar un análisis basado únicamente en la ponderación de principios.

¹ Orientadora. Bacharel e mestra em Direito pela PUC/SP, doutora pela UFPE, com estágio pós-doutoral na Universidade de Münster. Advogada e professora de graduação e pós-graduação da UFRN.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Proporcionalidad, Brasil, Alemania

1 INTRODUÇÃO

Será abordada neste trabalho a proporcionalidade como um critério constitucional dirigido aos entes estatais capazes de restringir o exercício de um direito fundamental. Especificamente, tratará do conceito originado da discussão da doutrina alemã com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal germânico e sua influência no Brasil.

Como objetivo geral, buscará comparar como ocorreu a internalização do critério constitucional da proporcionalidade no ideário doutrinário brasileiro, com referências a ministros do Supremo Tribunal Federal que escreveram sobre o tema, além de remissões a decisões do citado Tribunal que utilizaram o critério.

Tratará, em específico, da problemática da utilização do sopesamento de princípios como subcritério da proporcionalidade, como um potencial perigo para os direitos fundamentais por sua falta de racionalidade e excessiva abertura.

A pesquisa trará uma abordagem qualitativa, com os métodos comparativo e de estudo de caso. Serão utilizados os métodos indutivo e dedutivo. Terá um caráter explicativo e descritivo, e se desenvolverá por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

2 DESENVOLVIMENTO

No sentido jurídico, costuma-se atribuir a origem do conceito de proporcionalidade ao período histórico da passagem do Estado de polícia para o Estado de direito, quando era latente a ideia de limitar o poder estatal frente às liberdades individuais¹. As liberdades individuais eram entendidas por autores da época como liberdades naturais, imanentes à condição humana.

O jurista britânico William Blackstone, em seus Comentários sobre as Leis da Inglaterra, de 1765, dizia que a liberdade civil nada mais seria do que a liberdade natural restringida pela lei humana. Restrição esta positiva, pois, segundo ele, ninguém gostaria de ter liberdade sem limites, visto que se todos tivessem a mesma liberdade de fazer o que quisessem, haveria insegurança para o usufruto da vida. Portanto, o Estado (a lei humana) deveria restringi-la, porém apenas na medida que fosse *necessário* e *adequado* para o proveito geral do público.²

¹ BARROS, 1996, p. 33.

² BLACKSTONE, 1807, p. 125.

O precursor do iluminismo no direito penal, Cesare Beccaria, em 1764, já pregava que seria do interesse comum a proporcionalidade entre os delitos e as penas. Os delitos seriam organizados dos mais leves aos mais graves, sendo estes os que “destroem imediatamente a sociedade” e aqueles os que consistissem na menor injustiça possível praticada aos membros da sociedade³. Não se poderia, portanto, atribuir uma pena grave a um delito leve.

No sentido jurídico atual do conceito, Martins atribui sua origem à dogmática alemã, no debate ocorrido entre a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir dos anos 1960.⁴

Dentre os autores alemães selecionados que tratam do assunto, destacam-se Lerche, Schlink, e Alexy. Lerche afirma que a proporcionalidade utiliza um padrão único de comparação para avaliar se houve excessos pelo Poder Público em casos concretos, tendo a liberdade sido restringida excessivamente⁵. Para ele, a proporcionalidade deveria ser entendida como um princípio constitucional que teria como intenção evitar o excesso de intervenção de medida estatal legislativa na liberdade individual. A partir daí, construiu a figura dogmática da proibição do excesso, cujos elementos constituintes seriam a proporcionalidade e a necessidade⁶.

Para Schlink, a ponderação é o processo de aplicação da proporcionalidade no caso decidendo⁷. Houve, na virada para o Estado democrático e constitucional de direito, a necessidade da exigência de reserva de lei *proporcional*. No Estado clássico de direito, era exigido para a restrição da liberdade tão somente a existência de lei anterior que permitisse tal limitação. Agora, a reserva legal, para ser considerada constitucional, deve ser proporcional à finalidade, para que, em suas palavras⁸, não sejam usados canhões para atirar em pardais.

Para ele⁹, o exame da proporcionalidade diz respeito à revisão de ações governamentais, administrativas, legislativas, judiciais e até mesmo de cidadãos como meios para um fim. Para seguir o exame, deve-se verificar se o meio utilizado não é categoricamente proibido pela Lei. O exame da proporcionalidade, portanto, depende da qualidade do direito aplicado no exame. Quando direitos são protegidos categoricamente, intervenções são igualmente proibidas de forma categórica, e assim não sujeitas ao exame da proporcionalidade.

³ BECCARIA, 1999, pp. 37-39.

⁴ MARTINS, 2012, p. 122 e ss.

⁵ LAURENTIIS, 2017, p. 55.

⁶ MARTINS, 2012, p. 123.

⁷ DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 180.

⁸ Ibid.

⁹ SCHLINK, 2012.

Em seguida, o fim também deve ser legítimo, o que depende igualmente do que diz a Constituição e os estatutos relevantes. Segue-se ao exame da adequação, em que se vê se o meio é verdadeiramente útil para o atingimento da finalidade, e este é um exame fático. A necessidade é o passo que verifica se o meio utilizado é, dentre os adequados, o que menos invade o direito atingido. O último passo trazido por Schlink¹⁰ é o da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito. O autor exemplifica que o meio menos intrusivo pode, ainda, ser intrusivo demais. Visto que ponderação, diz, envolve não fatos mas valores e juízos de valor, é o passo mais contestado do exame da proporcionalidade, ao se perguntar como a ponderação pode ser salva do campo da subjetividade. Questiona a possibilidade de se verificar ou falsear juízos de valor, a precisão e objetividade da ponderação.

Robert Alexy¹¹ tenta resolver tal problema com um procedimento alegadamente mais preciso e objetivo. O autor enxerga os direitos fundamentais como princípios e, como tais, diz, são *mandamentos de otimização*. Significa dizer que demandam que algo seja realizado na melhor extensão possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Essas possibilidades são determinadas essencialmente por princípios que se opõem, e a determinação do grau de satisfação de um princípio em detrimento de outro é feita pela *ponderação*, que é compreendida pela “lei da ponderação”. Em resumo, expressa que quão maior o grau de não-satisfação ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância de satisfação do outro. Isto é feito em um processo de três etapas: primeiro, determina-se o prejuízo para um lado se o outro vencer; segundo, o prejuízo para o outro lado se o primeiro vencer; terceiro, determina-se se a importância de um lado ganhar justifica o prejuízo para o outro. Aconselha medir o prejuízo e a importância com uma escala de baixo, moderado e alto grau de satisfação, a fim de comparar, pesar e equilibrar ambos os lados¹².

No que diz respeito à jurisprudência alemã, serão analisados dois casos fundamentais para o desenvolvimento da temática da proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal alemão.

A primeira decisão é o chamado “caso Elfes”¹³. Esta decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão diz respeito a uma situação posta em pauta pelo reclamante W. Elfes, político com atuação municipal e estadual em Nordrhein-Westfalen a partir dos anos 1930. Foi um dos líderes do partido político “União dos Alemães” nos anos 50. Tal partido

¹⁰ Ibid.

¹¹ ALEXY, 2014.

¹² SCHLINK, 2012, p. 6.

¹³ BVerfGE 6, 32 - 1957

tinha como característica o aspecto combativo às políticas de reunificação com a antiga República Democrática Alemã¹⁴.

Por conta disso, Elfes teve denegado seu requerimento de prorrogação da validade de seu passaporte. A autoridade administrativa se baseou em lei que prescrevia a denegação do pedido quando necessário em face de ameaça à segurança ou ao interesse relevante da República Federal da Alemanha ou de um Estado-membro. Esgotadas as vias administrativas, entrou com Reclamação Constitucional contra a decisão.

Dentre outros assuntos relevantes, a decisão do TCF foi célebre por constatar a existência de três esferas de proteção à liberdade, com intensidade decrescente de proteção. Ao interpretar o art. 2, 1, da Lei Fundamental, construiu a tese da liberdade como garantia geral e abstrata de ação, e como direito fundamental subsidiário. Ser subsidiário o direito fundamental à liberdade significa dizer que abarca todos os casos da vida humana não abarcados por direitos fundamentais de liberdade mais específicos (por exemplo, o direito fundamental à liberdade de manifestação da opinião).

Como resultado, construiu-se um direito geral e ilimitado à liberdade, ao qual está sujeito todo e qualquer limite legal ou constitucional. Para combater a possibilidade de esvaziamento do direito fundamental à liberdade geral de ação, introduziu o discurso da ordem constitucional de valores, o que sofreu inúmeras críticas por ser um conceito sem contornos e, portanto, sem sentido¹⁵.

Outra decisão fundamental é o chamado “caso Wencker”¹⁶. Trata-se de reclamação constitucional contra ordem de prisão preventiva, sendo o reclamante acusado de homicídio doloso qualificado. A decisão tinha por base artigo do Código de Processo Penal que permitia prisão preventiva em acusações de homicídio qualificado, independente da presença do preenchimento de requisitos específicos para a prisão, tais como perigo de fuga, reincidência ou risco de destruição de provas¹⁷.

Diante disso, verificou-se, no caso, a tensão entre o direito fundamental à liberdade pessoal e a necessidade de uma efetiva persecução penal. Uma solução razoável somente poderia ser encontrada, por isso, de acordo com o Tribunal, se as limitações à liberdade parecessem necessárias e adequadas.

A decisão do TCF constatou que o princípio da proporcionalidade tem grau hierárquico de direito constitucional, sendo derivado do princípio do Estado de direito, ou da

¹⁴ SCHWABE; WOISCHNIK; MARTINS, 2005, p. 190.

¹⁵ LAURENTIIS, 2017, p. 61.

¹⁶ BVerfGE 19, 342 - 1965

¹⁷ SCHWABE; WOISCHNIK; MARTINS, 2005, p. 310.

própria essência dos direitos fundamentais. Estes, enquanto expressão da pretensão geral de liberdade do cidadão em relação ao Estado, só poderiam ser restringidos pelo poder público quando a restrição fosse imprescindível para a proteção de interesses públicos.

O raciocínio do tribunal foi o seguinte: apesar do propósito da intervenção ser lícito, cabe ao juiz ter em mente que tal propósito e razão justificadora da prisão preventiva são a garantia da realização de um processo penal ordenado e o asseguramento de posterior execução penal. Entendeu que o meio (prisão preventiva com o objetivo de assegurar o prosseguimento do processo) é adequado ao propósito, porém não necessário.

A seguir, será tratado da proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência constitucional do Brasil.

Há diversas concepções sobre a proporcionalidade na doutrina brasileiras, dependendo de qual escola influenciou o autor acerca dos fundamentos justeóricos da liberdade. Grande parte da doutrina é influenciada por Robert Alexy e sua teoria principiológica, em confronto à teoria liberal clássica aprofundada por Bernhard Schlink.

Para Willis Santiago Guerra Filho¹⁸, o “princípio” da proporcionalidade é uma garantia fundamental, apesar de não estar previsto expressamente na Constituição. Evoca o art. 5º, § 2º para tal, afirmando que este princípio é necessário para o aperfeiçoamento do sistema de proteção organizado pelos autores da Constituição.

Daniel Sarmiento sustenta a visão da proporcionalidade como parte da ponderação de bens¹⁹, numa abordagem bastante influenciada por Robert Alexy. Acredita que permite aferir a “razoabilidade” e a “racionalidade” do ato normativo, verificando a relação de “custo-benefício” da norma jurídica, e analisando a adequação entre seu conteúdo e a finalidade perseguida. Entende que a proporcionalidade tem intensas semelhanças com o princípio da razoabilidade.

Gilmar Ferreira Mendes²⁰ admite dentre seus “subprincípios” o da proporcionalidade em sentido estrito, em que deveria haver, para um juízo definitivo sobre a proporcionalidade, uma “rigorosa ponderação” refletindo sobre a possibilidade de equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos. Levando em consideração os riscos da ponderação resultar na avaliação subjetiva do juiz, recomenda procurar resolver a questão a partir dos demais elementos do princípio, sobretudo do subprincípio da necessidade. A

¹⁸ GUERRA FILHO, 2007, p. 79.

¹⁹ SARMENTO, 2001, p. 57.

²⁰ MENDES, op. cit., p. 4.

proporcionalidade em sentido estrito assumiria, nas suas palavras, o “papel de um ‘controle de sintonia fina’, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”²¹.

Para Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade é um parâmetro de *avaliação* dos atos do Poder Público com a intenção de aferir se tais atos estão em conformidade com o “valor superior inerente a todo ordenamento jurídico”: a justiça. Considera razoável o que seja conforme à razão. Cita ainda *equilíbrio, moderação e harmonia*. O que não seja arbitrário ou caprichoso, correspondendo ao senso comum e aos valores vigentes em dado momento ou lugar²². Vê a necessidade também do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, definida por ele como “a verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”²³.

A essencialidade e a legitimidade da proporcionalidade em sentido estrito são postas em questão por Leonardo Martins, que questiona a racionalidade da “otimização jurídica” dos direitos na teoria de Alexy, utilizada para decidir qual dos direitos possui maior “peso” no caso concreto²⁴. Em primeiro lugar, para ele, o problema deste “critério” se daria por, além da falta de objetividade, pela potencialidade de ferir a separação das funções. Um juiz, ao fazer uso da ponderação *stricto sensu*, estará tomando decisões políticas, não jurídicas.

Tal ponderação caberia apenas ao legislador, pois somente a ele foi dada a legitimidade democrática e constitucional organizacional. “Ponderar” valores ou bens jurídicos precede a criação de regra geral e abstrata, tarefa legiferante, ao contrário das regras ou ordens concretas, tarefa judicial. Para ele, a ponderação judicial tem o condão de ferir o art. 1º, parágrafo único e o art. 2º da Constituição Federal.

Ao se trabalhar de forma técnica com o critério, diz-se estar testando uma hipótese de violação do direito fundamental. Costuma-se²⁵ dividir o exame da proporcionalidade da seguinte forma: determina-se a área de proteção do direito fundamental em pauta, verificando como e em que medida a Constituição o protege, a partir das normas definidoras de direitos fundamentais. Em seguida, estuda-se se houve uma intervenção estatal (de qualquer dos órgãos, Legislativo, Executivo ou Judiciário) à área de proteção do direito, caso uma medida do Estado tenha restringido de alguma forma o exercício do direito. Tal restrição nem sempre é proibida, pois a própria Constituição outorga limites ao direito fundamental²⁶.

²¹ Ibid, p. 4.

²² BARROSO, 1997.

²³ Ibid.

²⁴ MARTINS, 2012, p. 147.

²⁵ MARTINS, *op. cit.*

²⁶ Por exemplo: lei que estabeleça a necessidade de formação em Medicina para a atuação como médico estará utilizando da reserva legal estabelecida no artigo que trata da liberdade profissional (art. 5º, XIII - é livre o

A próxima etapa deve averiguar os limites ao direito fundamental, verificando se há uma justificação constitucional para a intervenção, caso a Constituição tenha feito reservas legais ou se o exercício de um determinado direito no caso concreto esteja colidindo com outro direito fundamental. Sendo encontrada uma justificação constitucional para a intervenção estatal na área de proteção de um direito fundamental por meio de um limite estabelecido pela Constituição, trabalhar-se-á com o limite aos limites, que é a proporcionalidade propriamente dita. Dever-se-á descobrir se tal intervenção é, mesmo fazendo uso de limites, proporcional. Para tanto, há 4 subcritérios no exame.

Primeiro, o propósito perseguido pela intervenção deve ser constitucionalmente lícito, isto é, permitido pela Constituição. Segundo, o meio utilizado para atingir o fim também deve o ser. Terceiro, deve haver uma relação entre os meios e os fins. Significa dizer que o meio utilizado deve ser abstratamente apto, ou adequado, a realizar o propósito. Quarto, dentre todos os meios possíveis aptos a se atingir o fim, o proporcional será aquele que de forma menos intensa restringir o direito fundamental do titular.

Como exemplo, cabe trazer decisão recente (dezembro de 2015) do STF tratando de proporcionalidade. Trata-se de agravo regimental²⁷ interposto por deputada federal contra decisão judicial que deferiu, a pedido da Procuradoria-Geral da República, o afastamento de seu sigilo bancário para sua investigação devido a indícios de participação em organização criminosa voltada à prática de crimes contra a Administração. A agravante sustentou que não haveria fundamentação idônea para tanto, importando em violação de seus direitos fundamentais positivados no art. 5º, X e XII, CF.

O relator, em acórdão, argumentou que a tensão entre o direito à segurança da coletividade e os direitos de liberdade do investigado deve ser resolvida pelo juiz por meio do *sopesamento*. Posteriormente, citou o “princípio” da proporcionalidade em sentido amplo, que comportaria três “subprincípios”: o da idoneidade ou adequação; o da necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

No exame do caso em questão, decidiu-se que a restrição do direito à intimidade por meio da quebra do sigilo bancário é proporcional para o propósito de dar prosseguimento às investigações que indicam sua participação em organização criminosa. Decide e fundamenta, em poucas linhas, que a restrição ao direito de intimidade é: i) apta a atingir o resultado proposto de demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação); ii) necessária, pois

exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*).

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR Inq: 3922 CE - CEARÁ* 9999835-97.2014.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/12/2015, Segunda Turma.

não há outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz, para rastreamento do real destino dos recursos supostamente desviados e dos valores eventual e ilicitamente auferidas pela investigada, e iii) proporcional em sentido estrito, já que as vantagens para a investigação decorrentes do afastamento do sigilo bancário compensariam o ônus imposto ao direito à intimidade.

3 CONCLUSÃO

Percebe-se, com o exposto, uma clara diferença na aplicação do critério da proporcionalidade em ambos os países.

Na Alemanha, berço do critério da proporcionalidade, as sentenças prolatadas pelo Tribunal Constitucional Federal são mais a fundo trabalhadas e desenvolvidas no que diz respeito a este critério. Parte do motivo pode ser porque o TCF alemão é um tribunal focado em questões eminentemente constitucionais. Ao contrário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem a competência de lidar não só com os casos que chegam até ele por meio de recursos e ações diretas de inconstitucionalidade, mas julgar infrações penais comuns do Presidente e Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, entre outros. O STF pode ser considerado uma corte de super-revisão, pois revisa a revisão da aplicação do direito.

É notável a quantidade maior de casos que o STF precisa julgar em oposição ao TCF alemão. Foi a este possível desenvolver nos últimos 50 anos uma jurisprudência mais criteriosa e coesa.

No Supremo Tribunal Federal, frequentemente enxerga-se a pluralidade de métodos de aplicação da proporcionalidade, importados de maneira imprecisa e rasa. A análise é feita em poucas linhas e sem justificção constitucional. Um exame adequado deveria justificar cada subcritério. Por que a medida adotada é apta a atingir o resultado proposto? Quais seriam os outros meios possíveis para a solução e por que nenhum deles é igualmente adequado? Por que as vantagens para a investigação compensam o ônus imposto ao direito de intimidade?

Principalmente quanto à etapa da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se uma enorme abertura para o decisionismo judicial, decorrente da dificuldade de se decidir qual das opções tem maior peso no caso concreto com base no direito, sendo frequente o Supremo pender para decisões mais morais ou políticas. Qualquer argumentação utilizada pelo juiz nessa etapa seria aceita sem mais problemas. Como podem-se medir vantagens para uma parte e desvantagens para outra sem se fazer um ilegítimo sopesamento político?

Verifica-se o perigo trazido para os direitos fundamentais ao se fazer uma análise baseada em sopesamento de princípios. Pouca racionalidade jurídica há em se comparar o “peso”, ou a “importância no caso concreto”, de dois bens jurídicos de natureza diferente. Como se compara o peso da intimidade *versus* as vantagens para a investigação senão por meio de figuras retóricas com aparência jurídica feitas para justificar a pré-compreensão do julgador?

O critério da proporcionalidade, no sentido assentado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, se mostra adequado na solução de conflitos de constitucionalidade entre atos e normas estatais e direitos fundamentais. Quando o magistrado se baseia neste critério, ele faz uma autocontenção, limitando seu decisionismo. O critério da proporcionalidade demanda uma análise mais aprofundada por parte do juiz, requerendo um estudo da área de regulamentação e de proteção do direito fundamental em pauta, ao invés da simples menção a ele.

Exige, também, a verificação de se houve, de fato, uma intervenção estatal nessa área de proteção. Por fim, a intervenção só poderá ser justificada se houver limites constitucionais previstos, ou outros bens jurídico-constitucionais colidentes com o direito fundamental que sofreu a intervenção. Havendo, os limites devem estar em conformidade com a proporcionalidade em sentido amplo, que obriga o julgador a verificar a legalidade da finalidade e do meio interveniente. Impõe-se a adequação do meio em face do propósito. Aqui o julgador deve estudar faticamente os meios interventores que sejam igualmente adequados em face do propósito, para então dizer se o meio concretamente utilizado era necessário. Isto é, dentre os meios disponíveis, o menos oneroso ao direito fundamental restringido.

Observa-se que, desta forma, pouco espaço para decisão retórica resta. Ao mesmo tempo, maiores as chances de dois juízes, confrontados com a mesma questão, responderem da mesma forma, aumentando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

A recepção brasileira da proporcionalidade, como constatado, foi imprecisa e confusa, sendo diversas vezes vislumbrada a confusão com o princípio da razoabilidade tratada no direito administrativo. A influência na doutrina e jurisprudência constitucionais brasileiras neste tema é enormemente fruto da teoria principiológica de Robert Alexy, sendo ainda rara a menção à vertente de Bernhard Schlink.

Pela falta de compreensão total da complexa teoria de Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito é reduzida, aqui, a um perigoso jogo de interesses sociais feito pelo juiz, que possui questionável legitimidade constitucional para tanto. O que caberia, em primeiro lugar, ao legislador, que mesmo assim também está sujeito à proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional rights and proportionality. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, n. 22, p. 51–65, 2014.

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

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 156-165, mar. 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Revised Edition. 4 vols. Portland: Thomas B. Wait & Co, 1807.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR Inq: 3922 CE - CEARÁ* 9999835-97.2014.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/12/2015, Segunda Turma.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. 2017. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Fortaleza: Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 5, p. 1-25, 2001.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxônia: Oxford University Press, 2012.

SCHWABE, Jürgen; WOISCHNIK, Jan; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlim: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.