Universidade Federal do Paraná

Setor de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

TEREZINHA DE JESUS DE SOUZA SIGNORINI

**Breves apontamentos sobre a máxima da proporcionalidade: a necessidade
harmonização e ponderação frente à colisão de princípios fundamentais**

“Trabalho de conclusão do Curso de
Especialização em Direito Público com
ênfase em Direito Administrativo, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista”

Sob Orientação do Professor Mestre
Guilherme Freire de Barros Teixeira.

Curitiba
2004

“A Constituição é a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade”

Paulo Bonavides

“A realidade é, por natural, um elemento indissociável do pensamento jurídico, embora não caiba a este reproduzi-la, pois se o Direito se limitasse a repetir a realidade, seria totalmente desnecessário. Como já se referiu, porém existe uma distância máxima que há de mediar entre o dever ser normativo e o ser do mundo dos fatos, para que continue a existir comunicação entre os dois mundos e a realidade mantenha, assim, um movimento progressivo de aproximação do dever ser. Ultrapassado esse limite, e rompido esse equilíbrio, o direito perde a capacidade de se comunicar com os fatos.”

Ana Paula de Barcellos

Sumário

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO PRIMEIRO – UM BREVE EXCURSO SOBRE AS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS QUE PERMEIAM O DIREITO CONSTITUCIONAL	
1.À guisa de genealogia: uma necessária delimitação do conceito de princípio e sistema.....	3
2.A Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.....	6
3. Os princípios e direitos fundamentais segundo a Constituição de 1988.....	9
CAPÍTULO SEGUNDO – OS ALICERCES DO EDIFÍCIO: LOCALIZAÇÃO E CINÉTICA DA PROPORCIONALIDADE	
1. Os postulados de interpretação constitucional: uma necessária localização epistemológica.....	13
2.A colisão de princípios fundamentais.....	18
3. A ponderação.....	20
CAPÍTULO TERCEIRO – CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA AMPLA VISÃO JURÍDICA SOBRE A QUESTÃO	
1. A máxima da proporcionalidade: sua estrutura e implicações.....	21
2. A máxima da proporcionalidade e a Constituição de 1988.....	26
3. Uma sucinta passagem pelo direito estrangeiro.....	29
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34

Introdução

O presente ensaio tem como objetivo propiciar ao leitor uma sucinta análise da máxima da proporcionalidade e de suas imbricações na Teoria do Direito Constitucional contemporâneo, tomando como referência as teses centrais de José Joaquim Gomes CANOTILHO e Robert ALEXY. A jornada proposta terá como ponto de partida a compreensão da noção de princípio e sistema, donde, posteriormente, extrair-se-á o entendimento de que a Constituição deve ser apreendida enquanto um sistema aberto de regras e princípios, opção bastante notabilizada à medida que emerge em nosso estudo a distinção entre tais normas constitucionais. Ao passo que à solução para a colisão de regras depende de um juízo de exclusão ou invalidez, a colisão de princípios estará necessariamente no campo da ponderação, ou seja, trata-se de uma situação em que um princípio fundamental deverá ceder ante a outro sem ser declarado inválido, havendo tão só uma prevalência de acordo com o peso que atribuir-se-á a cada um na decisão do caso concreto. Ainda assim, atentando para a recorrente crítica à neutralidade dos julgadores, optou-se por analisar a lei da colisão, buscando minimizar o influxo subjetivo na atividade de ponderação.

No campo epistemológico, a máxima da proporcionalidade restou localizada nos postulados de interpretação constitucional, sendo que, ao proceder à análise de sua estrutura, optou-se pela teoria tripartida. Todavia, em que pese a proporcionalidade inexistir sob a fórmula de norma jurídica global, tratando-se de princípio que protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais, foi explicitado de modo esparso no texto constitucional, possuindo vigência e força normativa. Por derradeiro, o estudo foi encerrado por meio de uma análise da proporcionalidade no direito estrangeiro, buscando-se demonstrar a globalidade do fenômeno e a sua relevância na contemporaneidade.

Deixa-se em aberto, evidentemente, a pesquisa sobre outros inúmeros enfoques que a temática poderia apresentar, uma vez que o presente ensaio não possui a pretensão de esgotar a problemática atinente ao assunto discorrido, mesmo porque tal tarefa demandaria muito mais do que este simples estudo jurídico.

CAPÍTULO PRIMEIRO – UM BREVE EXCURSO SOBRE AS REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS QUE PERMEIAM O DIREITO CONSTITUCIONAL

O primeiro capítulo tem a função de inserir o leitor nos debates que permeiam o Direito Constitucional contemporâneo, preparando um terreno epistemológico para futuras reflexões. O início desta jornada é marcado pela problematização do conceito de princípio e sistema, cuja compreensão é fundamental, eis que a Constituição, atualmente, é apreendida pela doutrina majoritária como um sistema aberto de princípios e regras. Verticalizando a temática em voga no presente ensaio, será também no primeiro capítulo delimitada uma distinção entre princípios e regras, em especial, para aqueles casos em que a solução do embate é somente alcançável por um juízo de ponderação.

1 À guisa de genealogia: uma necessária delimitação do conceito de princípio e sistema

Como é elementar, o estudo da categoria princípio fornece a base para a compreensão sistêmica do Direito Constitucional contemporâneo. A par de se poder pensar em *principium* (do latim) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui, é conveniente ressaltar a possibilidade de compreendê-lo como motivo conceitual sobre o qual se funda a teoria geral do direito, podendo estar positivado (na lei) ou não.¹

Por evidente, falar de motivo conceitual, na aparência, é dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico visível aos sentidos. Mas quem disse que se necessita sempre, pelos significantes, dar conta dos significados? Ora, nessa impossibilidade que se funda a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância de ser o homem senhor absoluto do circundante.

¹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 19.

De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer *motivo conceitual*, aqui, é dizer *mito*, ou seja, no mínimo, abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado, mas que, agora, não há como se desvendar. Não obstante sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; *um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*.² Nesta simples dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito, como a Grundnorm para Hans KELSEN.

O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está um mito, sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar dos legalistas a muleta com a qual querem sustentar, a todo preço, a segurança jurídica, só possível no imaginário, no lugar do logro, do engano, como diria Jacques LACAN.³

Ademais, é o princípio, este lugar donde tem início uma cadeia de significantes, o ponto de unificação sistêmica, a referência de organização e finalidade de um conjunto de elementos. Neste sentido, como salienta Immanuel KANT, a noção de princípio e sistema possuem estreita imbricação: “por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia. Este é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam, a priori, tanto o âmbito diverso, como o lugar respectivo das partes. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras na idéia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes (...) Para se realizar, a idéia tem necessidade de um esquema, e o esquema deve

² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998. P. 163.

³ Idem. P. 164.

conter, em conformidade com a idéia o esboço do todo e a divisão deste nos seus membros e distingui-los de todos os outros com segurança e segundo princípios”.⁴

Por ser fundamental na ordenação das partes feita por um esquema, Immanuel KANT destaca a importante função dos princípios, qual seja, possibilitar a distinção de um sistema de outros, entendendo-se por sistema a unidade de conhecimentos diversos organizados sob uma mesma idéia. Contudo, a despeito da inegável importância que a concepção kantiana de sistema teve para o Direito, outros dois autores demarcam campos teóricos distintos e de profunda relevância para a discussão do tema: Niklas LUHMANN e Claus-Wilhelm CANARIS.

A Teoria Sistêmica Funcionalista de Niklas LUHMANN opera com a idéia de sistema autopoietico, ou seja, que se reproduz por si próprio – independente de outros elementos ou fatores externos a ele – que o caracteriza como uma infinidade de subsistemas cerrados num todo que pode ser apreendido. Desta forma, o Direito seria um subsistema dentro do sistema sociedade. Então, o conhecimento jurídico existente neste modelo, reproduz-se a partir de seus próprios elementos, podendo ser apreendido dentro de um todo desde que se conheça o código binário de entrada e saída do referido sistema.⁵

Todavia, como crítica a esta concepção de sistema, tem-se que há coisas que influenciam o conhecimento jurídico, mas não se encontram dentro deste sistema autopoietico, como por exemplo as coisas que não podem ser apreendidas pela razão (irracionais). Isto é, há coisas que estão para além do nosso pensamento racional e ainda assim influenciam o sistema jurídico. Daí que concluir pela auto-suficiência do sistema seja assertiva perniciosa ao trabalho científico que não se pretende contemplativo, pois nega até mesmo os valores políticos que balizam a racionalidade do direito.

⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. De Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8ª ed. Lisboa: Caloutre, 1997. P. 657-658.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

De outro lado, tem-se a teoria relativa à construção da noção sistêmica desenvolvida por Claus-Wilhelm CANARIS. O referido autor afirma, primeiramente, que há de se reconhecer a contribuição trazida pela concepção kantiana de sistema, daí que sistema possa ser definido como “um conjunto de elementos organizados e estruturado entorno de princípios.”⁶ Não obstante, o diferencial trazido pela teoria sistêmica de Claus-Wilhelm CANARIS reside no fato de que o sistema não é apreendido como um todo fechado, mas, antes e primeiramente, como conjuntura marcada por uma inexorável abertura. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para o sistema da ordem jurídica, o sistema objetivo. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do segundo, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais. Logo, falar em um princípio unificador não significa fechar a porta de acesso ao sistema.

2 A Constituição como um sistema aberto de regras e princípios

O processo de redemocratização do Brasil, concretizado a partir da década de 80, tornou relevante a discussão sobre o papel do Direito na sociedade contemporânea. Com efeito, o ordenamento jurídico anteriormente vigente apresentava-se com uma estrutura extremamente autoritária e, por isso, adequada ao regime ditatorial em vigor no país desde 1964.

Era possível identificar, neste período, dois discursos predominantes relativamente às funções exercidas pelo Direito: (i) por um lado, um discurso liberal-individualista, fundado no positivismo jurídico kelseniano, que tinha por objetivo legitimar, a partir da perspectiva formalista, o regime militar e os interesses capitalistas, (ii) por outro

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989.

lado, as Teorias Críticas que utilizavam o aporte marxista para ver no fenômeno jurídico um instrumento de dominação.

Destarte, a doutrina do Direito em nada contribuía com a formação de um entendimento do fenômeno jurídico a partir dos valores de uma sociedade democrática porque, ou defendia-se cegamente o ordenamento autoritário em vigor – no caso dos positivistas – ou deixava-se de reconhecer a ele qualquer função que não estivesse ligada à defesa dos valores das classes hegemônicas – no caso das Teorias Críticas, por tal motivo adjetivadas de irracionalistas⁷.

Contudo, a Constituição de 1988 rompeu com a estrutura jurídica do Estado autoritário. Os valores democráticos, defendidos abertamente em praça pública, passam a informar, também, o ordenamento jurídico. Com isso, a dogmática jurídica que se encontra vinculada ao ideal de construção de um Estado Democrático no Brasil passou a ver o Direito como um espaço de luta, um instrumento de emancipação.

Por sua vez, este eminente câmbio na forma de compreensão do fenômeno jurídico exigiu, também, uma nova roupagem para o entendimento específico da função a ser desempenhada pela Magna Carta que passaria, então, a ser compreendida enquanto um sistema aberto de regras e princípios, vinculando os valores de uma sociedade que se pretende social e democrática.

Portanto, a Constituição é, primeiramente, um sistema, noção que deve ser corretamente verticalizada em razão do nosso objeto de estudo. Consoante anteriormente visto, para Claus-Wilhelm CANARIS, “o sistema é um conjunto de elementos organizados e estruturado entorno de princípios”. Já o sistema jurídico é definido por Juarez FREITAS como “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação; ensaios*. Curitiba: Gráfica Veja, 1983. p. 46-49.

princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram substanciados, expressa ou implicitamente na Constituição.”⁸

Diante do exposto, a incorporação da perspectiva sistemática na seara do Direito Constitucional confere à Carta Magna duas características extremamente relevantes. Primeiramente, a Norma Fundamental passa a ser entendida enquanto uma estrutura aberta, o que permite um constante diálogo com a realidade, dada a incompletude histórica dos preceitos constitucionais que inevitavelmente adquirem nova moldagem com o fluir do tempo. Em um segundo momento, verifica-se que a Constituição é composta de normas fundamentais, sendo estas apreendidas enquanto gênero do qual decorrem duas espécies: princípios e regras.

Tanto as regras quanto os princípios são normas, pois, enquanto parte do texto constitucional, ambos podem ser formulados a partir das expressões deônticas básicas do obrigatório, permitido e proibido. Os princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente.

Vários podem ser os critérios distintivos entre regras e princípios, como o grau de abstração ou de generalidade da prescrição respectiva, porém o critério distintivo mais relevante, conforme Robert ALEXY⁹, diz respeito ao fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídico-reais existentes. Portanto, princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo traço de possibilidade de cumprimento em diversos graus, e que, a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. As regras são normas jurídicas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida deve-se, então fazer o que ela exige, nem mais nem menos. Neste diapasão, as regras contêm

⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P.46.

⁹ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

determinações no âmbito fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

Tal distinção determina como se resolvem os conflitos entre as normas. Quando há regras em conflito, por se tratarem de mandamentos definitivos, a solução se dá de duas formas, ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra, que elimina o conflito, ou se declara, pelo menos uma regra como inválida¹⁰. De outro modo, a colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validade. Na feliz síntese de Wilson Antonio STEINMETZ, “requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor ou contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Ao proceder dessa forma, a validade jurídica do princípio preterido não é negada. O princípio não desaparece do ordenamento jurídico.”¹¹

3 Os princípios e direitos fundamentais segundo a Constituição de 1988

Antes de prosseguir em nosso estudo, cumpre realizar uma análise dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, pois estes, correspondendo a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal, constituem o núcleo duro daquilo que poderia denominar-se de constituição material.

Em rigor, é possível afirmar que os princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988 assumem especial relevância devido a sua específica localização. A situação topográfica dos princípios fundamentais, positivados no início da Constituição, além de traduzir maior rigor lógico, indica não apenas sua utilização como base e parâmetro hermenêutico fundamental para ordem constitucional e jurídica, mas sua preexistência

¹⁰ *Idem, ibidem*. P. 99.

relativamente à organização estatal. Logo, os princípios democráticos e a dignidade da pessoa humana passam a serem reconhecidos como centro e objetivo da atividade estatal, o Estado existe em função da sociedade civil e não pode se furtar desta importante tarefa, sob pena de recair em uma indesejável omissão constitucional.

Todavia, à luz das considerações tecidas, parece metodologicamente razoável estabelecer uma distinção entre princípios fundamentais e direitos fundamentais. Nesta esteira, estar-se-á referindo a princípios fundamentais sempre que se fizer menção às disposições contidas no Título I, artigos 1º à 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado social e democrático de Direito que identifica a nossa República. Neste título, além do regime da democracia social (ou simplesmente democrático, para utilizar terminologia menos sujeita a controvérsias) consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado Brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais¹².

Por sua vez, a expressão “direitos fundamentais” refere-se às normas concentradas no artigo 5º da Constituição Federal e, por força da abertura material prevista pelo parágrafo primeiro do mesmo artigo, espalhadas por todo o corpo constitucional. Em verdade, a evolução histórica dos direitos fundamentais permite a sua classificação em dimensões específicas.

Primeiramente, oriundos do pensamento liberal-burguês e de cunho eminentemente individualista, é possível identificar os direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual frente ao seu poder. Tais direitos são, por este motivo, apresentados como direitos “negativos”, uma vez que

¹¹ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 126.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 105.

dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assumem particular relevo, no rol desses direitos, especialmente devido a sua inspiração jusnaturalista, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade.

Contudo, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais que acompanharam o estado moderno no decorrer do século XIX, geraram o reconhecimento progressivo do papel estatal na realização de justiça social mediante um comportamento ativo no seio da sociedade. Portanto, tem-se, em um segundo momento, a criação de direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão para Ingo Wolfgang SARLET, por acreditar que o termo geração poderia indicar uma precedência hierárquica ou sucessória), cuja nota distintiva está presente na sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado, mas de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Tais direitos caracterizam-se, ainda hoje por outorgarem ao indivíduo direito às prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc...

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos fundamentais de fraternidade ou de solidariedade, trazem como diferencial o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem- indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir o direito à paz, direito à autodeterminação dos povos, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, bem como o direito de comunicação.¹³

¹³ *Idem, ibidem*. P. 56-57.

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir à tendência de reconhecer-se da existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Neste ponto, imperiosa a menção do posicionamento do notável Professor Paulo BONAVIDES, que, com sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, democracia direta), à informação e ao pluralismo¹⁴.

Destarte, a despeito do corte classificatório operado, pode-se tranqüilamente sustentar, consoante a lição do professor Ingo Wolfgang SARLET¹⁵, que os direitos fundamentais previstos no artigo 5º ou dispersos pelo corpo constitucional encontram-se umbilicalmente vinculados aos princípios fundamentais consagrados no Título I da nossa Lei Fundamental. Neste contexto, basta apontar para alguns exemplos para verificarmos esta estreita vinculação. Assim, não há como negar que o direito à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, os direitos políticos (de modo especial o sufrágio, o voto e a possibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos) são manifestações do princípio democrático e da soberania popular. Igualmente, percebe-se, desde logo, que boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, etc.) quanto nos princípios que consagram o Estado social de Direito.

As considerações ora traçadas levam à conclusão de que a posição mais adequada para a dogmática jurídico-constitucional geral dos direitos fundamentais é a de que os direitos fundamentais têm um caráter principiológico e, portanto “as colisões de direitos

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 570-572.

fundamentais [...] devem ser qualificadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados de um mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico.”¹⁶

Logo, verificada a natureza principiológica dos direitos fundamentais, percebe-se que tão correto quanto dizer direito de igualdade, é dizer princípio da igualdade, visto que o câmbio terminológico não modifica sua estrutura jurídico-normativa e sua força vinculante.

CAPÍTULO SEGUNDO – OS ALICERCES DO EDIFÍCIO: LOCALIZAÇÃO E CINÉTICA DA PROPORCIONALIDADE

O segundo capítulo deste ensaio possui, em um primeiro momento, a função de identificar a origem da máxima da proporcionalidade no mundo do conhecimento jurídico, tarefa por demais importante, dados os imperativos de cientificidade e a necessidade de proclamar sua força normativa. Realizada tal localização, estar-se-á prosseguindo em direção a uma análise da cinética da proporcionalidade, isto é, do estudo da colisão dos princípios fundamentais e de seus efeitos, atentando-se, por fim, à lei da colisão formulada por Robert ALEXY no intuito de firmar o juízo de ponderação como método racional de solução de conflitos.

1 Os postulados de interpretação constitucional: uma necessária localização epistemológica

Perpassado o estudo dos princípios e dos direitos fundamentais, faz-se mister uma localização epistemológica da máxima da proporcionalidade, ou seja, verticalizando nosso estudo, é preciso delimitar a natureza de tal postulado, pois esta definirá seus critérios de aplicação.

¹⁵ SARLET, *op. cit.*. P.106.

Em primeira análise, verifica-se que, folheando a Constituição, não se encontra uma norma regulamentadora da ponderação de princípios fundamentais a ser realizada frente aos casos concretos. Logo, poder-se-ia pensar que a máxima da proporcionalidade não constitui uma norma constitucional, uma vez que não está positivada no corpo da Lei Fundamental.

Por um lado, assiste razão o raciocínio procedido. O princípio da proporcionalidade, assim vulgarmente denominado, não tem a mesma natureza da categoria “princípios constitucionais”, subespécie do gênero “norma constitucional”. Antes de ser uma norma constitucional, o princípio da proporcionalidade é um auxiliar hermenêutico, localizado na categoria dos postulados de interpretação constitucional.

Deste modo, a utilização indiscriminada do termo “princípio da proporcionalidade” demonstra ausência de rigor técnico, indesejável para estudos dotados da devida cientificidade terminológica. Passar-se-á, então, a partir deste ponto do presente estudo, a denominá-lo de máxima da proporcionalidade.

Pois bem, retornando a problemática atinente à natureza desta máxima, imperiosa a lição de Joaquim Gomes CANOTILHO acerca dos postulados de interpretação constitucional. Conforme o mestre lusitano tal postulado “está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídicos-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídicos-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de

¹⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático (trad. Luís Afonso Heck). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro,

problemas constitucionais dentro da «base de compromisso» cristalizada nas normas constitucionais [...]».¹⁷

Segundo Luís Roberto BARROSO, embora tais postulados não estejam expressamente dispostos no texto constitucional, “mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina. Embora toda classificação tenha um componente subjetivo, a sistematização que segue parece ter resistido ao teste do tempo”¹⁸. Neste diapasão, esclarece Celso BASTOS que “não podem ser confundidos com instrumentais hermenêuticos, pois os postulados não facultam ao intérprete qualquer possibilidade de escolha, ao passo que os primeiros são optativos e, muitas vezes, excludentes entre si, uma vez que seriam anteriores a atividade interpretativa”¹⁹. Os postulados constitucionais são dotados de inegável força normativa, pois, além de decorrerem da própria idéia de Constituição, consubstanciam o campo prático da aplicação constitucional.

Dentre os postulados de interpretação constitucional costumeiramente citados nos manuais de Direito Constitucional poderíamos arrolar:

- (1) *Postulado da Supremacia da Constituição*: consoante José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA a supremacia ou preeminência da Constituição representa “por um lado, que ela não pode ser subordinada a nenhum outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela”²⁰.

217, jul./set., 1999, P.75.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1223.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de dogmática constitucional transformadora*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 370.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. P. 95-99.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra; Coimbra, 1991. P. 45.

(2) *Postulado da Interpretação conforme a Constituição*: “trata-se de uma técnica que busca preservar o texto legislativo, afastando, dentre as diversas possibilidades interpretativas dela decorrentes, aquelas que se revelam incompatíveis com a Lei Fundamental, sem comprometer a eficácia e a normatividade desta, nem subverter o real sentido da norma interpretada”²¹.

(3) *Postulado da Unidade da Constituição*: segundo Luís Roberto BARROSO, o postulado da unidade da Constituição é uma especificação do princípio da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios constitucionais fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior²². Nesse processo, o intérprete-aplicador deve buscar ponderar os diversos valores e interesses consagrados pelo texto constitucional, de modo que as tensões e contradições sejam minimizadas. Ensina Luís Roberto BARROSO inspirado em Hesse que “o papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas²³”.

²¹ SEHN, Solon. *Princípios da interpretação constitucional*. In.: Revista Jurídica Themis. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, n.º 11, 1998/99. P.22.

²². BARROSO, *op. cit.*. P. 196.

(4) *Postulado da Máxima Efetividade*: para Joaquim Gomes CANOTILHO, tal postulado pode também ser denominado de “princípio da eficiência” ou “princípio da aplicação efectiva” e estabelece que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”²⁴. A origem de tal princípio estaria na teoria de THOMA a respeito das normas programáticas que, hoje, vem sendo bastante aplicado na teoria dos direitos fundamentais.

E, por fim, porém obviamente mais relevante para o presente estudo, tem-se o:

(5) *Postulado da Proporcionalidade ou Máxima da Proporcionalidade*: tal postulado desenvolveu-se precipuamente no Direito Administrativo, dentro do qual teve aplicação clássica na limitação do poder de polícia conferido aos agentes do Executivo. No que diz respeito à questão terminológica, a doutrina é bastante diversificada. Expressões como princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade, princípio da “concordância prática” (HESSE), princípio da vedação do excesso, princípio da avaliação de bens jurídicos, princípio da avaliação de interesses, dentre muitas outras são empregadas indistintamente. Conforme anteriormente explicitado, o presente estudo, acompanhando a lição do professor Robert ALEXY, opta pela expressão máxima da proporcionalidade, pois credita-se a esta denominação dotada de maior rigor técnico. Na precisa definição de Willis Santiago GUERRA FILHO, a funcionalidade deste postulado consiste em “buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição,

²³ BARROSO, *op. cit.*. P. 200.

²⁴ CANOTILHO, *op. cit.*. P. 1224.

confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros”.²⁵

Em suma, defende o insigne constitucionalista cearense que, o operador do direito na tarefa de operacionalização da ponderação ou sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e dos bens jurídicos que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, extrai a solução de forma que maximiza o respeito a todos os envolvidos no conflito.

2 A colisão de princípios fundamentais

A colisão de princípios fundamentais²⁶ é um acontecimento verificável em concreto, em que, o exercício ou a realização de direitos fundamentais (um ou mais) tem conseqüências negativas sobre o exercício ou a realização de outro(s) princípio(s) fundamental(is). Pode acontecer de a colisão se dar entre princípios fundamentais idênticos com titulares dos princípios fundamentais distintos, ou entre princípios fundamentais diferentes com titulares de princípios fundamentais distintos, ou ainda colisões com princípios fundamentais de titularidade coletiva.

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*. Ano n.º 32, n.º 128, out./dez., 1995. P. 257.

²⁶ A colisão de princípios fundamentais não se confunde com a concorrência de direitos fundamentais, pois esta última refere-se a situações ou condutas que podem ser subsumidas no âmbito de proteção dos diversos direitos fundamentais, resultando saber qual será aplicado. Ver a respeito: MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In.: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. P.311.

De qualquer maneira, a solução destes casos concretos, em que se verifica a colisão de princípios fundamentais deve passar necessariamente pela ponderação, caso em que um direito fundamental (princípio fundamental) deve ceder ante ao outro sem ser declarado inválido, havendo tão só uma prevalência sobre o outro de acordo com o peso que se atribuirá a cada um na decisão do caso.

A solução da colisão consiste em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada (tomando em conta o caso, indicam-se as condições diante das quais um princípio precede ao outro; em outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada diversamente).

Diante disso, Robert ALEXY formulou a lei da colisão, segundo a qual, se um princípio P1, diante das circunstâncias C precede ao princípio P2 (esquemáticamente P2 [P1 p P2] C), e se de P1 diante das circunstâncias C resulta a consequência R, então vale uma regra que contenha C como pressuposto de fato e a R como consequência jurídica. Ou melhor, as condições diante das quais um princípio precede a outro constituem o pressuposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente²⁷.

Analisando a lei de colisão formulada pelo mestre espanhol, STEINMETZ²⁸ conclui que: “as condições de precedência estabelecidas informam sobre o peso relativo dos princípios e permitem, no caso concreto, uma decisão de prevalência. Isso é coerente com a noção de princípios como mandados de otimização a serem realizados em diferentes graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Mostra-se portanto, que os princípios não são absolutos e não se enquadram na lógica do tudo-ou-nada, na dimensão da validade das regras, mas na dimensão do peso.”

A colisão de princípios fundamentais vai então ser formulada pela ponderação.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. P. 94.

3 A ponderação

Como referido, a colisão de princípios exigirá um esforço do juiz ou do legislador, focado na tentativa de equilibrar os interesses contrapostos, para manter a harmonização entre os princípios relevantes no caso. Fala-se, antes do juízo de ponderação, em aplicação do princípio da concordância prática, que não permitiria que se privilegiasse uma das posições em conflito, em detrimento da outra, mas recomenda uma compatibilização adequada seria o exercício da otimização dos princípios fundamentais, daí, “na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes [tem-se] de contemplar qual [haverá] de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão”²⁹.

A ponderação, ora chamada de ponderação de bens, ora de valores, ora de interesses, é, em rigor um método racional de colisão entre princípios. Assim, Robert ALEXY, preocupado com as críticas de que tal método poderia levar a primazia do subjetivismo dos juizes, formula uma lei da ponderação³⁰.

Conforme o anteriormente exposto, as colisões de princípios podem ser solucionadas mediante o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, porém é obviamente plausível a preocupação no sentido de evitar que quem pondera tenha a possibilidade de seguir exclusivamente suas concepções subjetivas. Isso se daria através de um modelo de fundamentação racional. Logo, uma ponderação é racional se o enunciado de preferência pode ser fundamentado racionalmente³¹.

²⁸ STEINMETZ, *op. cit.*. P. 136.

²⁹ MENDES, *op. cit.*. P. 291.

³⁰ “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. In.: ALEXY, *op. cit.*. P. 161.

³¹ ALEXY, *op. cit.*. P.158-160.

Não se trata de um processo estabelecido abstratamente, mas, ao contrário, concretamente, posto que o peso dos princípios não é determinável abstratamente, ou absolutamente, ou em si mesmo, sendo certo que só há que se falar em pesos relativos³².

CAPÍTULO TERCEIRO – CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA AMPLA VISÃO JURÍDICA SOBRE A QUESTÃO

O terceiro e último capítulo deste estudo é fruto, primeiramente de considerações estruturais sobre a máxima da proporcionalidade que, assim, resta sistematizada e identificada em seus elementos constituintes. A seguir, a tarefa é de pesquisa constitucional sobre normas que permitam inferir a sua positivação na Carta Magna brasileira, encerrando-se o ensaio com uma passagem pelo direito estrangeiro que permita compreender as mais diversas visões sobre o fenômeno.

1 A máxima da proporcionalidade: sua estrutura e implicações

A máxima da proporcionalidade é identificada pela doutrina majoritária como sendo composta por três máximas parciais: a da adequação; a da necessidade ou da exigibilidade; e a da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Então, diante desta terminologia, a ponderação é a terceira máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo. Não obstante, tal terminologia já tem suscitado controvérsias. Há autores que, relativamente às máximas parciais, preferem a denominação “princípios parciais” ou “sub-

³² MARTINS, Alessandra Ferreira. A máxima da proporcionalidade: uma resposta para a colisão de direitos fundamentais à altura de uma constituição dirigente e dirigida à uma sociedade democrática. In.: *Revista Jurídica Themis*. Curitiba: JM, n.º 14, 2002/03. P.90.

princípios”. Em conformidade com o anteriormente explicitado, o presente estudo optará pela denominação “máximas parciais”³³.

Portanto, na difícil tarefa de definição da máxima da proporcionalidade, torna-se imperativo a análise de sua estrutura, que, como afirmado, é composta por três elementos (ou máximas parciais), quais sejam:

(1) *Máxima parcial da adequação*: também chamada de idoneidade, “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.”³⁴ Ou seja, verifica-se se o meio utilizado é apto a produzir o resultado ou objetivo pretendido. De outro modo, Suzana de Toledo BARROS prefere a denominação princípio da razoabilidade interna, afirmando ainda que “o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo, ou seja, apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que o princípio deve ser afastado.”³⁵

(2) *Máxima parcial da necessidade ou da exigibilidade*: tal máxima parcial enuncia que “em caso de haver apenas uma medida idônea [adequada], trata-se de se verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretenda utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão.”³⁶ Em rigor,

³³ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 153-164.

³⁴ STEINMETZ, *op. cit.*. P. 149.

³⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. P.75.

³⁶ STEINMETZ, *op. cit.*. P. 150-151.

está-se a dizer que a medida restritiva escolhida deve ser o menos gravoso e igualmente eficaz para os princípios fundamentais no caso em tela, e também para os indivíduos envolvidos. Segundo Joaquim Gomes CANOTILHO, é possível sub-dividir esta máxima parcial em: (i) necessidade material: o meio deve ser o que menos prejudique os direitos fundamentais, (ii) exigibilidade espacial: a abrangência espacial deve ser limitada, (iii) exigibilidade temporal: o tempo de intervenção também deve ser limitado, (iv) exigibilidade pessoal: a intervenção deve limitar-se à pessoa ou às pessoas à quem se dirigem e que terão seus interesses prejudicados³⁷. Ainda de acordo com o respeitado constitucionalista lusitano, não deve ser discutida a necessidade absoluta (a necessidade de adoção da medida), mas sim a necessidade relativa, ou seja, “como é que o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.”³⁸

- (3) *Máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação*: especificamente neste ponto, “examina-se a relação de proporcionalidade, de racionalidade, entre a decisão normativa – observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe ou afeta – e a finalidade perseguida.”³⁹ É a lei da ponderação já referida que indica, em último caso, se a decisão da restrição deve ser revista ou não. Nesse sentido, bem coloca Suzana de Toledo BARROS que “muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma sobrecarga ao atingido que não se

³⁷ CANOTILHO, *op. cit.*. P. 383.

³⁸ *Idem, ibidem.*

compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu.*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada.”⁴⁰

Não foi por acaso que se colocou estas máximas parciais em ordem, foi exatamente porque seguem, na aplicação (operacionalização) da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, esta gradação. “Apenas analisa-se a proporcionalidade da medida à luz do princípio [máxima parcial] subsequente se ela satisfaz o princípio precedente.”⁴¹

As máximas parciais da adequação e da necessidade referem-se às possibilidades jurídicas que devem ser levadas em conta, e a da proporcionalidade em sentido estrito, às possibilidades fáticas que devem ser levadas em conta.

Então, o procedimento de realização da máxima da proporcionalidade deve suceder três fases: na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção, na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção; e na terceira sucede propriamente a ponderação no sentido estrito e próprio, trilhado a despeito de entendimento contrário, conforme um procedimento racional, com justificação racional⁴².

Ainda na difícil tarefa de definição da máxima da proporcionalidade, indaga-se sobre sua função normativa. Pode-se sustentar que a máxima da proporcionalidade é a concretização da idéia de justiça presente no princípio do Estado Democrático de Direito; ou é

³⁹ STEINMETZ, *op. cit.*. P. 154.

⁴⁰ BARROS, *op. cit.*. P. 80.

⁴¹ ALEXYS, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático (trad. Luís Afonso Heck). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, jul./set., 1999, P.78.

⁴² *Idem, ibidem.*

densificador do princípio do Estado Democrático de Direito; ou ainda derivação dos próprios princípios fundamentais enquanto necessidade de proteção de seu núcleo essencial; ou ainda que é derivação do *due process of law*. Luis Roberto BARROSO resume que há duas linhas de construção constitucional, sendo uma inspirada na doutrina alemã (vislumbra o princípio [máxima] da proporcionalidade como inerente ao Estado Democrático de Direito, integrando de modo implícito o sistema), e outra influenciada pela doutrina norte-americana, pretendendo extrair o princípio [máxima] da proporcionalidade da cláusula do devido processo legal (sustentando-se que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar a cláusula)⁴³.

Por sua vez, o professor Robert ALEXY acredita a máxima da proporcionalidade enquanto implicação lógica e normativa dos princípios, ou melhor da natureza principiológica das normas constitucionais. Então, como a aplicação de princípios válidos, quando são aplicáveis, está ordenada, e como para a aplicação no caso de colisão se requer uma ponderação, o caráter de princípios das normas jusfundamentais implica que, quando entrem em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação⁴⁴.

Em verdade, as considerações do mestre espanhol apontam na direção correta, qual seja, a máxima da proporcionalidade decorre da necessidade de ponderação sobre determinados princípios, uma vez que estes não se submetem à lógica do *tudo-ou-nada*. Contudo, conforme já explicitado, é preciso considerar o fato de que a máxima da proporcionalidade não é um princípio em si, mas um postulado de interpretação constitucional. Neste sentido, sua função é de orientação do intérprete na difícil tarefa de solucionar problemas práticos. A força normativa da máxima da proporcionalidade decorre do fato de ser uma implicação lógica da própria noção de constituição, pois assim como o

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 218-232.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. P. 112.

intérprete não pode ignorar o postulado da supremacia da constituição (o que levaria a uma absurda conclusão de que a Constituição está topograficamente localizada ao lado da legislação infra-constitucional), também não pode, frente à colisão de princípios fundamentais, deixar de lado a máxima da proporcionalidade.

2 A máxima da proporcionalidade e a Constituição de 1988

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem para introduzi-lo com todo vigor no seio jurisprudencial.

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move, sobretudo, no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

No Brasil a proporcionalidade pode não existir como norma geral de direito escrito, mas existe como norma imantada ao texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do direito.

O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação especializada e particularizada da máxima, a que se refere a Constituição, sem, todavia, explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§1º do art. 149)⁴⁵ ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do art. 45).

A aplicação da máxima se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional:

- Incisos V, X e XXV do art. 5º, sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º, sobre direitos sociais; no § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37, sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas c e d do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inc. V do art. 40, sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84, relativa à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções Constitucionais do Ministério Público; caput do art. 170, sobre princípios gerais da atividade econômica; caput e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 sobre a prestação de serviços públicos e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.⁴⁶

A máxima da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja ainda sido formulada como norma jurídica

⁴⁵ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: RT, 1998.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 434-5.

global, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita e não expressa dos direitos e garantias constitucionais, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Conforme referido por Luís Roberto BARROSO e mostrado por Maria Christina de ALMEIDA O Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão **princípio da proporcionalidade** em sede de controle de constitucionalidade, em 1993, quando deferiu a medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº 10.248 de 14.01.93, nos seguintes termos:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao **princípio de proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica de arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se inconstitucionalidade liminar deferida - STF, Pleno, j. 1-07-93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.⁴⁷

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que a máxima da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, como corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou

indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

3 Uma sucinta passagem pelo direito estrangeiro

A passagem pelo direito estrangeiro é importante ponto do presente estudo, pois, ao fornecer elementos para a comparação do entendimento nacional sobre a questão relativamente à aplicação que a máxima vem sofrendo em outros países, possibilita (i) de um lado, ressaltar a globalidade de um fenômeno que não está restrito a realidade brasileira; (ii) por outro lado, fornecer parâmetros e orientações da evolução deste instituto em outras localidades.

Com efeito, a Alemanha é o país onde a máxima da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional desde a segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução no sistema constitucional tenha ocorrido primeiro na Suíça.

Os alemães chegaram tarde, caminhando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, mas aqui se alojaram com tamanho ímpeto renovador e originalidade de posições doutrinárias que sem eles o princípio da proporcionalidade no direito europeu continental dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais. Com esse princípio se combatem os excessos legislativos que na concretização das reservas de lei interferem sobre esses direitos, tornando inaceitáveis algumas limitações impostas aos membros pelo legislador e suscitando o necessário controle judicial por via de eventuais arrestos de inconstitucionalidade.⁴⁸

⁴⁷ALMEIDA, Maria Christina de. *Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998. P. 389

⁴⁸. BONAVIDES, Paulo. Op. cit..P. 407.

Aliás, em dois célebres julgamentos, o “Lüth-Urteil”, de 05 de janeiro de 1958, e o “Apotheken-Urteil”, de 11 de junho de 1958, o Tribunal de Karlsruhe firmou posição interpretativa sobre os direitos fundamentais, abrindo caminho à aplicação da máxima da proporcionalidade em matéria constitucional da mais alta relevância: no primeiro caso, concernente ao direito de opinião, ao exercício de uma liberdade com caráter de garantia institucional, mais precisamente de garantia de instituto; e, no segundo caso, mais precisamente com relação ao livre exercício da profissão, nomeadamente as limitações que lhe são possíveis traçar.⁴⁹

Já a Suíça, é um dos países europeus cuja ordem jurídica mais de perto se familiarizou com a máxima da proporcionalidade. A tradição de seu uso, ali, remonta as últimas décadas do século passado, embora, de início, não fosse conhecido sob sua designação atual.

De qualquer forma, a proporcionalidade tem sido ínsita à organização política e social do país, em virtude do imperativo de acomodar grupos mediante um sistema de proporção que promova a sustentação pacífica das estruturas de poder repartidas segundo variações regionais, lingüísticas e religiosas.

É de se ressaltar que na Suíça o princípio da proporcionalidade em sua aplicação jurisprudencial aparece até certo ponto como princípio aberto, flexível carente de sistematização e rigidez. O princípio da proporcionalidade manifesta-se assim, na jurisprudência da Corte Federal da Suíça como uma série de pressupostos materiais de intervenção, os quais pelos aspectos práticos e dogmáticos possuem um peso todo distinto. O Tribunal se absteve de uma relação sistemática que buscasse fundamentação dogmática ou graduação hierárquica para a questão.

⁴⁹ *Idem, ibidem*. P.408.

Por sua vez, os constitucionalistas austríacos asseveram que o princípio da proporcionalidade tem dois acentos fundamentais: a Lei Maior de seu país e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Como assevera Felix Ermacora: “A Áustria tem um acervo muito complexo de direitos fundamentais, cuja compatibilização somente pode ocorrer mediante a intervenção do princípio da proporcionalidade, fundando na Constituição e no Direito Internacional”.⁵⁰

Na França, a máxima da proporcionalidade se move no âmbito da jurisdição administrativa, manifestando-se, sobretudo, por via do chamado “poder discricionário” que se limita pelo controle do desvio de poder. Sua aplicação explícita na jurisdição constitucional é quase desconhecida. A substância do princípio se reconhece e se aplica, mas a sua designação se ignora. Acontece o mesmo, com menos evidência, na esfera da jurisdição constitucional.

Em suma, em que pese a máxima da proporcionalidade não tenha sido reconhecido no sistema francês, isto é, não tem se afirmado como tal nem na jurisprudência nem na doutrina – mas isso não quer dizer que ele não desempenhe nenhum papel. Em verdade, o judiciário francês tem aplicado o princípio da proporcionalidade sem saber exatamente o que diz ou o que faz. Talvez seja este o momento oportuno para a doutrina e a jurisprudência francesa fazer um balanço da sua atuação, explicitá-la e ordená-la, dando asas à máxima da proporcionalidade.⁵¹

Por derradeiro, a Espanha é o país que oferece o exemplo mais recente de elevação da máxima da proporcionalidade à categoria de princípio geral de direito. Não apenas o Judiciário anulou várias decisões administrativas com base na proporcionalidade como, em 15 de outubro de 1982, proferiu uma importante decisão que operou o seu traslado do contencioso administrativo para o campo da jurisdição constitucional.

⁵⁰ Apud BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*. P. 414.

⁵¹ Apud BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*. P. 415-6

Conclusão

Ao longo desta jornada, muitas das conclusões alçadas já foram expostas ao leitor no decorrer da redação do trabalho. Ocupa-se, porém, deste espaço, para, tendo em vista imperativos de clareza e síntese, destacar algumas e apontá-las novamente de modo resumido.

1. A despeito de sua origem etimológica - *principium* (do latim) como sendo início, causa, gênese – convém destacar a importância de apreender a palavra princípio como filosoficamente representada pelo mito, aquilo que é dito, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito, possuindo estrita conexão com a noção de sistema, eis que, ao erigir-se enquanto ponto de unificação, isto é, a referência de organização e finalidade de um conjunto de elementos, possibilita a distinção dentre os diversos sistemas existentes.

2. A correta compreensão da Carta Magna enquanto fenômeno jurídico, político e teórico implica o reconhecimento de seu caráter: (i) primeiramente, sistemático e aberto, ou seja, suscetível ao câmbio histórico das suas disposições materiais e (ii) estruturalmente constituído por princípios e regras.

3. Dentre os vários critérios distintivos existentes com vistas a diferenciar princípios e as regras, o mais relevante diz respeito ao fato de que, verificada a colisão de regras, a demanda será necessariamente solucionada por um juízo de exceção ou invalidez. De outro modo, a colisão de princípios passará obrigatoriamente pelo juízo de ponderação, visto que os princípios são mandados de otimização caracterizados pela possibilidade de cumprimento em diversos graus.

4. Os direitos fundamentais, sejam aqueles previstos no artigo 5º ou dispersos pelo corpo constitucional, possuem natureza inegavelmente principiológica, uma vez que se encontram umbilicalmente vinculados aos princípios fundamentais consagrados no Título I da nossa Lei Fundamental. Logo, sob este ponto de vista, não há distinção terminológica entre princípio fundamental e direito fundamental.

5. A máxima da proporcionalidade não é propriamente um princípio constitucional, mas sim, um auxiliar hermenêutico, localizado na categoria dos postulados de interpretação constitucional. Logo, possui inegável força normativa, posto que sua existência decorre da própria idéia de Constituição.

6. A solução para a colisão de princípios fundamentais verificada em casos concretos, deverá passar necessariamente pela ponderação, situação em que um direito fundamental (princípio fundamental) deve ceder ante a outro sem ser declarado inválido, havendo tão só uma prevalência sobre o outro de acordo com o peso que se atribuirá a cada um na decisão do caso.

7. A ponderação é, em rigor, um método racional para a solução da colisão de princípios, de modo que, com vistas a afastar uma indesejável primazia do subjetivismo dos juizes, Robert ALEXY formula uma lei da colisão, proposta que atualmente merece grande atenção, pois aparenta, ao que tudo indica, aproximar a solução do caso concreto a uma justa decisão.

8. A máxima da proporcionalidade é identificada pela doutrina majoritária como sendo composta por três máximas parciais: a da adequação; a da necessidade; e a da proporcionalidade *strictu sensu* ou ponderação. As máximas parciais da adequação e da necessidade referem-se às possibilidades jurídicas que devem ser levadas em conta, e a da proporcionalidade em sentido estrito, às possibilidades fáticas que devem ser levadas em conta.

9. Não deve a proporcionalidade permanecer encoberta no ordenamento constitucional brasileiro, dado que, tratando-se de princípio vivo, elástico, prestante, protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que, mesmo inexistindo expressamente sob a fórmula de norma

jurídica global, está presente de modo esparso no texto constitucional, possuindo vigência e força normativa.

10. A passagem pelo direito estrangeiro é um importante ponto para o presente estudo, pois, ao demonstrar a globalidade deste fenômeno que não está adstrito à realidade brasileira, fornece parâmetros e orientações sobre a evolução deste instituto em outras localidades.

Referências Bibliográficas

1. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático (trad. Luís Afonso Heck). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, jul./set., 1999.
2. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
3. ALMEIDA, Maria Christina de. *Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998.
4. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002
5. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
6. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.
7. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
8. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
9. BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

10. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
11. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989.
12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
13. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra; Coimbra, 1991.
14. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação; ensaios*. Curitiba: Gráfica Veja, 1983.
15. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
16. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*. Ano n.º 32, n.º 128, out./dez., 1995.
17. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. De Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8^a ed. Lisboa: Calouste, 1997.
18. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
19. MARTINS, Alessandra Ferreira. A máxima da proporcionalidade: uma resposta para a colisão de direitos fundamentais à altura de uma constituição dirigente e dirigida à uma sociedade democrática. In.: *Revista Jurídica Themis*. Curitiba: JM, n.º 14, 2002/03.
20. MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In.: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
21. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro*. In.: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30. Curitiba: UFPR, 1998.

22. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

23. SEHN, Solon. *Princípios da interpretação constitucional*. In.: Revista Jurídica Themis. Curitiba: Imprensa Universitária da UFPR, n.º 11, 1998/99.

24. STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

25. XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: RT, 1998.