

Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade

Discovering the underlying hermeneutic assumption of the proportionality principle

Fausto Santos de Moraes¹

Faculdade Meridional, Brasil
faustosmorais@gmail.com

Resumo

O princípio da proporcionalidade pressupõe um elemento hermenêutico. A partir desta conclusão, este trabalho apresenta um estudo bibliográfico, sustentando um fundamento hermenêutico ao princípio da proporcionalidade. Tal fundamento serviria de elemento primordial à decisão judicial e ao combate à discricionariedade. A proposta ora apresentada tem a qualidade de inovar na discussão sobre a proporcionalidade no Brasil a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.

Palavras-chave: direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, hermenêutica jurídica.

Abstract

The proportionality principle requires a hermeneutic element. Thus, this work presents a bibliographical study, supporting a hermeneutic basis for the proportionality principle. Such a plea would serve as a key element to reduce the legal discretion and guide the decision-making. Finally, the essay provides a new view about proportionality discussion in Brazil through the Critical Hermeneutics of Law.

Keywords: constitutional rights, proportionality principle, legal hermeneutics.

¹ Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED). Rua Senador Pinheiro, 304, 99070-220, Passo Fundo, RS, Brasil. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado.

Introdução

O que funda o princípio da proporcionalidade? Qual a participação hermenêutica na proporcionalidade? Essas duas perguntas resumem o objetivo do presente trabalho: descobrir o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. É somente por esse motivo que o título do trabalho se vale da plenipotenciabilidade da palavra “descobrir”. Isso porque, além do significado encontrar, ela também pode ser compreendida como um “desencobrir”, um “desentulhar” os significados do princípio da proporcionalidade, procurando trazer à luz algo originário. Isto seria um elemento pouco conhecido ou discutido: o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. Essa é a inovação que este trabalho promove ao tema.

Entretanto, antes disso, por efeito do *método fenomenológico-hermenêutico*, percorreu-se a tradição jurídica brasileira para apresentar a possível origem da utilização da proporcionalidade no Brasil. Também para fundamentar a descoberta proposta, indicaram-se doutrinadores brasileiros que incorporam a proporcionalidade no seu discurso, com o intuito de identificar o espaço teórico ao desenvolvimento desta proposta. Não se esconde, contudo, que a hipótese do pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade foi possível apenas com a abertura (*die Lichtung*) da vereda pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Assim, o presente trabalho é desenvolvido em três grandes partes. A primeira delas expõe a indicação doutrinária de origem do princípio da proporcionalidade no Brasil. Num segundo momento, percorre os sentidos atribuídos pela doutrina brasileira ao princípio da proporcionalidade para, na terceira parte, propor a hipótese do pressuposto hermenêutico ao princípio da proporcionalidade.

Origens da proporcionalidade na ordem jurídica brasileira

A tradicional referência histórica entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e o princípio da proporcionalidade é o julgamento do RE 18.331, em 1951. Nesse julgado, foi discutida a possibilidade de o Municí-

pio de Santos majorar o imposto de licença incidente sobre cabines de banhos.

Em sua fundamentação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tributos são cobrados para manter a população viva. Esta seria a sua finalidade. Não poderia, pois, haver tributos que tornassem incompatíveis o exercício da liberdade de trabalho, comércio, indústria e direito à propriedade. Também buscou fundamentos na doutrina do desvio do poder (“*detournement de pouvoir*”), para afirmar a inconstitucionalidade, já que “(seria) um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, ao excesso, ao desvio, aplicável, ainda aqui a doutrina do ‘*detournement de pouvoir*’” (Mendes, 2001, p. 4).

Interessa consignar que o Supremo Tribunal Federal afirma que a decisão sobre a constitucionalidade ou não estaria fincada “no plano dos princípios e no terreno da prática”. Mesmo assim, a decisão foi no sentido de que o tributo seria constitucional, pois os problemas alegados pelo contribuinte derivariam de contratos particulares os quais oneravam a sua atividade, e não os tributos exigidos em si.

Pelo HC 45.232, julgado em 1968, foi considerada a exorbitância dos efeitos da condenação imposta pela Lei de Segurança Nacional, cuja ordem seria para impedir que qualquer acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional pudesse desempenhar atividade profissional ou privada – previsão do artigo 48 do Decreto-Lei nº 314/67. Segundo Mendes, teria o Supremo Tribunal Federal entendido que a restrição se revelava desproporcional, afrontando o direito à vida (Mendes, 2001, p. 5)².

No ano de 1976, o Supremo Tribunal Federal apreciou a intervenção do legislador na regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis conforme competência que lhe fora outorgada pelo artigo 153, § 23 da Constituição de 1967/69. O assunto foi trazido pelo julgamento da Representação nº 930/DF. A decisão deu-se no sentido da inconstitucionalidade por falta de razoabilidade (Barros, 2000, p. 110)³.

Pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Representação 1.077, proferida em 1984, fixou-se o entendimento quanto à necessidade de equivalência razoável entre o valor cobrado por taxa judiciária no Estado do Rio de Janeiro com o custo real dos serviços e a capacidade contributiva do contribuinte (Stumm, 1995, p. 90).

² Também é identificado pelo autor o substrato da proporcionalidade no julgamento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral que reconheceu a inconstitucionalidade da lei que tornava inelegível qualquer cidadão que tivesse sido denunciado pela prática de crime. A decisão foi no sentido da incompatibilidade com a presunção de inocência, numa interpretação da integração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão/1948 através do dispositivo 153, § 36 da Constituição de 1967/1969. O Supremo Tribunal Federal reformou a decisão entendendo ser legítima – proporcional, a restrição instituída pela lei (Mendes, 2001, p. 5).

³ A decisão surpreende por fazer referência ao jurista argentino Fiorini, colocando como condição ao exercício do poder de polícia do Estado uma atuação razoável. Isso envolveria: que a limitação deveria ser justificada, que o meio adequado ao fim desejado, meio e fim devem ser proporcionais e todas as medidas devem ser limitadas. Assim a razoabilidade implicaria a justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas sancionadas (Barros, 2000, p. 110).

A ADI 855-2 de 1993 questionava, diante do Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da lei que determinava a pesagem em caminhão de entrega de GLP. Para o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, a lei seria inválida por ofensa ao princípio da razoabilidade, eis que haveria impraticabilidade na pesagem obrigatória pelos caminhões de distribuição de GLP (Barros, 2000, p. 119). Conforme sustenta Mendes, teria o Supremo Tribunal Federal feito um juízo sobre a inadequação da medida frente aos seus *duvidosos efeitos úteis* diante do ônus imposto aos particulares e fins perseguidos pela norma de conteúdo restritivo (Mendes, 1998, p. 79).

Ainda, outra decisão largamente reconhecida como instrumento para consolidação do princípio da proporcionalidade – com sua significação de razoabilidade (Barros, 2000, p. 83)⁴, foi proferida nas ADIs nº 966-4 e 958-3 (ano de 1994). Essas decisões examinavam as restrições impostas aos partidos políticos para o lançamento de candidatos, em que fatos passados, conhecidos do legislador, teriam sido utilizados como fundamentos para criar impedimentos futuros.

De igual forma, mais duas decisões são indicadas como históricas na tradição do princípio da proporcionalidade no Brasil. A primeira diz respeito ao pedido de suspensão de segurança por decisão que declarou ilegítima a norma regulamentar limitadora da quantidade de cigarros em um maço ou pacote de cigarro. O Supremo Tribunal Federal entendeu pela irrazoabilidade da decisão proferida a partir do princípio da proporcionalidade. Tal posicionamento teria suporte na adequação da medida, visto que poderia haver incremento na arrecadação independentemente de risco à economia. No que concernia à saúde pública, entendeu-se que a medida não era adequada para esse fim. Ao contrário, a própria limitação seria base para o consumo (as pessoas fumavam tendo como limite a quantidade de carteiras) dos usuários (Mendes, 2001, p. 18).

Na verdade, a segunda decisão seria um posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA em ações para determinação de paternidade. Não seria razoável, nem proporcional, exigir que o pai pre-

sumido pela geração da criança durante a constância do casamento se submetesse ao exame. Entende Mendes que, nesse caso, a utilização da proporcionalidade seria como regra de ponderação entre direitos em conflito, destacando-se a existência de outros meios de prova idôneos e menos invasivos ou constrangedores (Mendes, 2001, p. 19).

Se essas são as decisões do Supremo Tribunal Federal que se destacam histórica e originalmente na utilização e consolidação do princípio da proporcionalidade como análise de possíveis abusos legislativos contra direitos fundamentais, vale a pena, ainda, observar o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o assunto. Esse será o desafio da próxima seção.

A proporcionalidade e o movimento doutrinário brasileiro

O princípio da proporcionalidade tem sido concebido hodiernamente como referência teórica à aplicação dos Direitos Fundamentais. Ao investigar as decisões do STF, foram identificados trabalhos teóricos de juristas cujos estudos permeiam essa temática e, conseqüentemente, são referenciados na jurisprudência. Assim, o objeto da presente seção é apresentar esses autores como forma de consolidar a hipótese aventada de recepção do princípio da proporcionalidade pela ordem jurídica brasileira⁵.

Ao se analisar a primeira década após a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se que o princípio da proporcionalidade vem associado à noção dos limites de atuação da legislação no exercício do seu poder regulamentador. Logo, proporcional significaria que o legislador teria atuado dentro dos limites implícitos (ou imanes) dos Direitos Fundamentais consagrados no texto constitucional.

É nesse sentido, por exemplo, que o princípio da proporcionalidade ganha trato doutrinário como construção dogmática apta a indicar os limites das restrições impostas pelo legislador aos Direitos Fundamentais (Stumm, 1995, p. 15-17)⁶. O posicionamento de Cano-

⁴ Aliás, a referida Lei nº 8.173/93, no seu artigo 5º, entre outras questões dispôs que apenas os partidos que contivessem representantes titulares na Câmara dos Deputados em número mínimo poderiam colocar candidatos à Presidência e Vice.

⁵ Corroborando essa recepção, Dimoulis e Martins afirmam que a ideia jurídica de proporcionalidade desenvolvida originalmente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão teria sido recepcionada em várias partes do mundo – condição apresentada nesse capítulo –, e que, via determinação pelos países da Península Ibérica, mas não exclusivamente por eles, recepcionada no Brasil (Dimoulis e Martins, 2008, p. 176).

⁶ O trabalho da autora partiu da premissa pela qual a Constituição conteria um conjunto de normas abertas, exigindo da interpretação a tarefa de ordenar possíveis contradições valorativas. Isso porque haveria no texto constitucional valores expressados na forma de princípios que, diante do caso concreto, poderiam implicar conflitos. Assim, a forma de resolução desses conflitos (agora, entre direitos e bens jurídicos) se daria mediante o princípio da proporcionalidade. Tal princípio seria a forma propícia para calcular e dar previsibilidade à realização do conteúdo da norma constitucional de natureza aberta, adequando-as às necessidades do caso concreto. Assim, a proporcionalidade serviria para resguardar o núcleo essencial dos direitos ou bens jurídicos por ela tutelados (Stumm, 1995, p. 67). Steinmetz (2001) propõe reflexão muito similar.

tilho sobre a sindicabilidade do excesso ou desvio do poder legislador possui espaço na tradição brasileira. Desse modo, poderia o judiciário fazer o controle dos vícios de mérito legislativo (Canotilho, 2003, p. 1320)⁷. Em especial, a doutrina pátria adotou como marco teórico para compreender essas questões a proposta desenvolvida por Robert Alexy na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Portanto, juristas como Gilmar Mendes, Wilson Antônio Steinmetz, Suzana de Toledo Barros e Raquel Denize Stumm podem ser identificados como aqueles que, por influência de Alexy, discutiram a proporcionalidade das medidas restritivas de Direitos Fundamentais. Dessa forma, a aplicação dos testes da proporcionalidade auxiliaria na identificação do conteúdo abusivo da lei. Gilmar Mendes entende, particularmente, que o teste da adequação poderia ser suprimido, sendo possível investigar diretamente a necessidade da medida instituída pela lei. Logo, sendo a medida necessária seria automaticamente adequada. Não sendo necessária, a adequação tornar-se-ia uma pergunta irrelevante (Mendes, 2001, p. 4).

A discussão sobre o princípio da proporcionalidade também suscitou divergências sobre a sua equivalência à razoabilidade. Barros, por exemplo, entende que embora a origem desses princípios seja diferente, existiria fungibilidade entre eles, visto que ambos seriam indicativos do valor justiça como informativo do ordenamento jurídico (2001, p. 217). A equiparação entre esses “princípios” também é compartilhada por Stumm (1995) e Buechele (1999). Steinmetz (2001, p. 188), por sua vez, aceita a equiparação entre ambos, mas entende que o princípio da proporcionalidade permitiria um controle racional e intersubjetivo o qual adviria de maior definição operacional. Todavia, a superioridade operacional do princípio da proporcionalidade é contestada por Oliveira, para quem a razoabilidade envolveria também exames da adequação, necessidade e proporcionalidade (Oliveira, 2007, p. 96). Aliás, como se verá em capítulo próprio, a jurisprudência do STF por vezes também equipara os dois princípios jurídicos, compreendendo que o fundamento positivo deles estaria no artigo 5º, LIV da Constituição Federal⁸.

Em contraste, outro é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva. Para o autor não seria possível equiparar os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, por dois motivos: históricos e estruturais. Historicamente, a proporcionalidade surgiu com o controle de leis restritivas de Direitos Fundamentais pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, cuja estrutura racional seria definida por seus elementos quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade, por sua vez, poderia ter a sua origem verificada no *substantive due process of law* considerado nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos⁹ tanto como no precedente inglês *Wednesbury*. Estruturalmente, a razoabilidade implicaria um teste menos intenso que a proporcionalidade, podendo, por causa disso, um ato ser considerado desproporcional, mas não irrazoável (Silva, 2002, p. 29-30). Assim, entende Silva que a razoabilidade exigiria a análise quanto à compatibilidade do meio empregado e os fins visados, bem como a legitimidade de tais fins. Comparando-a com a proporcionalidade, corresponderia apenas ao teste da adequação (Silva, 2002, p. 32-33).

Sob outra perspectiva, seria possível identificar doutrinadores que se utilizam do princípio da proporcionalidade, tendo como pano de fundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, mas dando ênfase às relações privadas, pensando, portanto, no denominado efeito horizontal dos Direitos Fundamentais. Nessa perspectiva, podem ser identificados: Virgílio Afonso da Silva (2005) e Wilson Steinmetz (2004).

No âmbito penal, por sua vez, a dogmática da proporcionalidade é representada por autores como Feldens e Streck; ambos reconhecem a dupla face da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Decerto um dos elementos mais importantes da doutrina de Feldens possa ser considerado aquilo denominado pelo autor como “incoerência endonormativa como um problema de proporcionalidade” (Feldens, 2012, p. 161). Isso quer referir ao problema de excesso do legislador ao negar um *standard* na sanção para casos semelhantes. Portanto, a ancoragem das penas deveria seguir uma proporcionalidade cardinal, ou seja, “uma escala relativa na qual,

⁷ Advoga Canotilho que os vícios poderiam ser de duas categorias: a primeira, quando o uso do poder legislativo impusesse soluções que violassem regras e princípios constitucionais – igualdade, proibição do excesso, direitos, liberdades e garantias; segunda, pela irrazoabilidade da lei, captada mediante manifestações de inconsequência, incoerência, ilogicidade, arbitrariedade, contraditoriedade, falta de bom senso ou consciência ético-jurídica comunitária (Canotilho, 2003, p. 1320).

⁸ Noção compartilhada por Buechele (1999, p. 146) e Mendes (2009, p. 363).

⁹ Interessante destacar a referência feita por Oliveira às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos que deram uma virada na concepção do devido processo legal procedimental para o substancial. Nesse sentido, teria a Suprema Corte se negado a discutir o mérito das leis nos *Slaughterhouse Cases* (1873), posição corroborada na decisão *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877), afirmando que o controle da fixação governamental de tarifas deveria ser considerado na reprovação popular pelas eleições. Entretanto, a postura substancial poderia ser vista nas decisões junto aos casos *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1877), *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897) e no caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (Oliveira, 2007, p. 84).

comparativamente, condutas mais graves merecem uma reprovação penal mais severa” (Feldens, 2012, p. 162). A base para tanto seria buscada em três critérios: paridade das penas, escalonamento das penas e distanciamento das penas (Feldens, 2012, p. 162). Esses critérios auxiliariam na determinação do paralelismo entre as sanções cominadas contra o ataque aos bens jurídicos diversos (Feldens, 2012, p. 162).

Já Maria Luiza Streck parte da noção de *proteção deficiente* para enunciar uma série de casos do Direito Penal Brasileiro em que a proporcionalidade serviria de fundamento à inconstitucionalidade das normas penais (Streck, 2009, p. 167). O problema diagnosticado pela autora seria a *falta de integridade da legislação penal* (Streck, 2009, p. 167).

Lenio Luiz Streck, por sua vez, exige que as discussões que envolvam o princípio da proporcionalidade devam também considerar o problema da discricionariedade judicial. Não bastaria se falar, dessa forma, de proporcionalidade sem considerar os imperativos de proteção negativos (*Übermassverbot*) ou positivos (*Untermassverbot*), pensados a partir da obediência à integridade do direito (Streck, 2011, p. 536).

A discussão sobre o princípio da proporcionalidade pela doutrina brasileira também é direcionada a questões metodológicas. Isto é, discussões quanto aos tipos de ponderações, postulados normativos, conteúdo essencial ou suporte fático das normas de Direitos Fundamentais e a argumentação jurídica.

Quanto às ponderações, Barcellos sustenta a possibilidade de duas espécies, quais sejam: a concreta e a abstrata. O pressuposto para ambas seria a existência de *casos difíceis* não resolúveis mediante o tradicional esquema lógico da subsunção (Barcellos, 2006, p. 55). A ponderação serviria, nesse caso, como método admitido para resolver os problemas constitucionais e infraconstitucionais, principalmente, nesses, a fim de definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados ou decidir o confronto entre regras (Barcellos, 2006, p. 56). A autora sustenta que, além da ponderação no caso concreto, denominada por ela como *ad hoc*, seria possível a ponderação *a priori*, abstratamente ou preventivamente, mediante a discussão de casos hipotéticos ou passados, na tentativa de definir futuras balizas ao juiz que enfren-

tará o caso concreto (Barcellos, 2006, p. 146-155)¹⁰.

Para Ávila, a diferenciação das espécies normativas entre regras e princípios, um dos pressupostos da teoria de Alexy, permitiria se pensar na concepção de postulados normativos. Portanto, ao desenvolver a sua Teoria dos Princípios, o autor reclama a ideia de *postulado normativo* como um dever estrutural à aplicação do direito, isto é, “deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles” (Ávila, 2005, p. 93). Os postulados, na concepção de Ávila, poderiam ser inespecíficos ou específicos. Os primeiros implicariam uma estruturação meramente formal na aplicação do direito, enquanto os segundos demandariam a assunção de critérios materiais orientadores da aplicação (Ávila, 2005, p. 93-94).

A partir da classificação apresentada, Ávila diz que a ponderação deve ser reconhecida como um postulado inespecífico, em que se atribuiria peso a determinados elementos que se entrelaçam, independentemente de uma referência substantiva (Ávila, 2005, p. 94), podendo ser eles bens jurídicos, interesses, valores ou princípios (Ávila, 2005, p. 95). Em razão da sua condição estrutural formal, a ponderação deveria ser orientada materialmente, com a inserção de critérios avaliativos, como, por exemplo, na sua conjugação com o postulado específico da proporcionalidade, mediante a utilização de princípios constitucionais (Ávila, 2005, p. 94-95). O resultado dessas classificações seria a possibilidade de envolver dois postulados (inespecífico e específico) para se ter uma ponderação intensamente estruturada¹¹.

Virgílio Afonso da Silva também vem dedicando seus esforços no intuito de apresentar uma teoria do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais ou da construção do suporte fático para aplicação desses direitos (2009). Para tanto, a resolução da colisão entre Direitos Fundamentais mediante o princípio da proporcionalidade seria a metodologia hábil à delimitação do suporte fático, estipulando regras específicas que delimitariam o alcance dos núcleos essenciais de tais direitos.

Com efeito, Sarlet vai indicar que o controle de constitucionalidade brasileiro material, além do seu aspecto formal, seria feito essencialmente pela observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial dos direitos

¹⁰ A autora entende que essa ponderação abstrata poderia propor um conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas [sic].

¹¹ Como refere o autor, uma ponderação intensamente estruturada, além de envolver os postulados específicos, a exemplo da proporcionalidade, deveria contemplar as seguintes etapas: (i) preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*): analisar extensamente os elementos e argumentos envolvidos, indicando quais são os objetos a serem sopesados (ponderados), como condição derivativa da necessária fundamentação das decisões judiciais; (ii) realização da ponderação (*Abwägung*): em que se irá fundamentar a relação estruturada entre os elementos ponderados, e, no caso de serem princípios, indicar a relação de primazia de um sobre outro; (iii) reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*): formular-se-iam regras de precedência, com a pretensão de validade universal (Ávila, 2005, p. 96). Vale referir; ainda, que a ideia de postulados normativos vem ganhando visibilidade na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, sendo utilizada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como se pode referenciar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF que, expressamente, reconheceu a condição de metanormas dos postulados normativos.

fundamentais, estabelecendo os limites dos limites mediante o princípio da proporcionalidade (na sua dupla face de proibição do excesso e proibição da proteção deficiente). Assim, as barreiras às restrições aos direitos fundamentais seriam determinadas, contribuindo para a sua eficácia nos múltiplas dimensões e funções (Sarlet, 2012, p. 404)¹².

Ainda, enfrentando os desafios de fundamentação jurídica ligados ao princípio da proporcionalidade, juristas como Luís Afonso Heck (2005), Thomas da Rosa Bustamante (2005, 2008a) e Anizio Pires Gavião Filho (2011) oferecem propostas de racionalidade das decisões judiciais, fazendo a leitura do aspecto decisionista (juízo de sopesamento) imbricada com os reclames argumentativos indicados por Alexy. Inclusive, Bustamante propõe uma Teoria do Precedente Judicial a partir das noções de argumentação *a contrario* e *a pari*, fundada na ponderação entre princípios (Bustamante, 2012, p. 535).

Portanto, sem a intenção de esgotar a apresentação de todas as pesquisas realizadas no Brasil relacionadas ao princípio da proporcionalidade, entende-se que os autores apresentados nessa seção são a prova da recepção dessa noção pela ordem jurídica brasileira. Pode-se afirmar, a partir disso, que o princípio da proporcionalidade – ou denotações similares como balanceamento, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade – pode ser qualificado como um elemento metódico de índole constitucional que objetiva resolver os problemas relacionados à restrição, violação e concretização dos direitos fundamentais.

A (re)fundação hermenêutica como suporte à proporcionalidade: uma vereda contra a discricionariedade judicial

Apresentaram-se, até então, diferentes perspectivas relativas ao princípio da proporcionalidade. Elas represen-

tam o movimento doutrinário brasileiro reagindo e desenvolvendo caminhos indicativos à aplicação desse conceito.

Todavia, conhecidas essas diferentes formas de desenvolver a proporcionalidade, identifica-se um âmbito de perguntar próprio a partir da proposta de Lenio Luiz Streck quanto à exigência de integridade na aplicação do princípio da proporcionalidade. Entende-se que esse âmbito está na discussão quanto às consequências hermenêuticas – interpretativas – do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro e a sua convergência com a discricionariedade judicial. Discutir isso seria pôr em evidência o problema da proporcionalidade como recurso à decisão judicial.

Para investigar as condições de aplicação da proporcionalidade, nada melhor que eleger o Supremo Tribunal Federal (STF) como órgão a ser observado. É com esse intuito que se apropria do estudo sobre a aplicação da proporcionalidade em dez anos de decisões do STF (Morais, 2013, p. 143)¹³, correspondente ao período de 07/07/2002 até 07/07/2012. O resultado foi o levantamento de uma base de dados jurisprudenciais, composto por 189 decisões daquela corte.

Analisando as referidas decisões que fazem referência ao princípio da proporcionalidade, identificou-se que o STF não segue rigorosamente a proposta teórica de Robert Alexy, desenvolvendo, por causa disso, uma concepção *sui generis* dessa categoria (Morais, 2013, p. 299). Essa concepção *sui generis* dificulta a identificação de um padrão decisório que pudesse fornecer elementos à compreensão do critério da proporcionalidade como *ratio decidendi*.

Por conta disso, o problema seria o exercício da discricionariedade judicial. Ela fica latente em circunstâncias como a inexistência de um critério identificável que sustenta a ordem estabelecida pelo sopesamento feito pelo STF. Partindo do pressuposto de que o prin-

¹² Sarlet entende que o conceito de direitos fundamentais adotados pelo Brasil contempla a noção de posições jurídicas às pessoas, similar à proposta por Alexy. Nesse sentido, as posições jurídicas com base nos direitos fundamentais seriam fundadas, expressa ou implicitamente, na Constituição, cujo efeito seria retirar a disponibilidade dos poderes constituídos (Sarlet *et al.*, 2012, p. 269).

¹³ Para que a pesquisa pudesse ser colocada em prática, com o levantamento dos dados jurisprudenciais a serem analisados, foi necessário realizar delimitações no que concerne à pesquisa da proporcionalidade. O instrumento utilizado para isso foi a ferramenta de “Pesquisa de Jurisprudência” disponibilizada pelo site do Supremo Tribunal Federal. Foi necessário, também, delimitar a palavra-chave da pesquisa e o lapso temporal investigado. O âmbito temporal pelo qual se optou restringiu a pesquisa aos últimos 10 anos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tomando como marco temporal o período de 07/07/2002 até 07/07/2012. Assim, foram obtidas 189 decisões do Supremo Tribunal Federal com correspondência sintática à palavra-chave “princípio da proporcionalidade”, presente nas ementas das decisões e na forma de indexação utilizada pelo tribunal. Embora seja conhecida a possibilidade da existência de outras decisões que envolvam a utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mediante outras alternativas de palavras-chave, optou-se pela expressão “princípio da proporcionalidade”. Outras palavras-chave foram utilizadas experimentalmente, contudo, aquela que possibilitou, por amostragem, decisões com maiores afinidades com a proposta temática de Robert Alexy foi a adotada. Nesse sentido, por exemplo, testou-se a palavra-chave “proporcionalidade”. Além do número expressivo de decisões encontradas – 377 acórdãos e 1 repercussão geral –, outro problema enfrentado foi o número de decisões que diziam respeito à noção de proporcionalidade aritmética, o que teve como efeito a perda de relação temática com a proposta teórica de Robert Alexy. Também foi testada, por exemplo, a palavra-chave “ponderação”, e obtiveram-se 160 acórdãos e 1 repercussão geral, contudo, em virtude da forma de indexação, todas as decisões em que a palavra ponderação foi utilizada em sinônimo à ideia de “reflexão” ou “juízo”, sem relação com o princípio da proporcionalidade, também foram incluídas no âmbito da pesquisa, o que acabou prejudicando a proposta de análise. Assim, decidiu-se que a melhor opção seria utilizar mesmo a palavra-chave “princípio da proporcionalidade”. Embora delimitadas as 189 decisões conforme critérios temporais e semânticos explicitados acima, não se descarta a existência de outras decisões em que o princípio da proporcionalidade serviu de referência, mas que acabaram não sendo identificadas pelo sistema de indexação que orienta a pesquisa jurisprudencial do STF. Isso pode decorrer de variáveis como, por exemplo, o momento em que as decisões foram publicadas e alimentadas no sistema informatizado disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

cípio da proporcionalidade procura estabelecer uma ordem entre dois princípios colidentes (Alexy, 2008, p. 96), nas decisões conhecidas não foi possível dizer o motivo pelo qual um princípio precederia o outro.

Assim, parece imperar no STF a utilização do princípio da proporcionalidade como um *enunciado performático* que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete. Considerando isso, fica fácil, também, perceber a substituição do princípio da proporcionalidade pelo princípio da razoabilidade¹⁴, já que ambos, nas decisões, cumprem a suprarreferida função performática. Ou pior, o emprego desse recurso à proporcionalidade institucionalizaria a violência simbólica retórica do STF (Morais, 2013, p. 299), fazendo com que a legitimidade das suas decisões valesse muito mais pelo seu argumento de autoridade que pela autoridade do argumento.

Considerando esse quadro e valendo-se da influência da Crítica Hermenêutica do Direito, algumas perguntas necessariamente devem ser postas: (a) o que funda a aplicação do princípio da proporcionalidade? (b) se a proporcionalidade regula a relação entre os princípios jurídicos, há algum critério intersubjetivo apresentado para o uso daquele conceito? (c) os princípios jurídicos envolvidos realmente poderiam ser sopesados? (d) o intérprete poderia simplesmente escolher os princípios jurídicos a sopesar? (e) como o intérprete deveria se guiar para escolher esses princípios?

Parece ser inegável, diante das conclusões empíricas¹⁵ obtidas nas decisões judiciais, a necessidade de uma (re)leitura hermenêutica do princípio da proporcionalidade. Ou como se quiser: o enraizamento ontológico-existencial do princípio da proporcionalidade. Pois o perguntar por esse elemento fundante traria à luz os pressupostos ontológicos à compreensão do princípio da proporcionalidade.

Ou seja, requerer o princípio da proporcionalidade no Direito, principalmente, na aplicação pelo STF envolveria reinserir esse conceito a um magma significa-

tivo tocado pela exigência de democracia antidiscrecional. A primeira advertência seria: só teria sentido falar em princípio da proporcionalidade se a *Pretensão de Correção*¹⁶ que lhe dá significância é iluminada¹⁷. O que, por sua vez, leva à seguinte pergunta: o que funda a Moral ou a Pretensão de Correção que decorre dessa Moral? Veja-se o problema: Alexy recorre à ação comunicativa de Habermas para orientar a *Pretensão de Correção* ao consenso (jurídico) (Alexy, 2005, p. 137), todavia, no momento da decisão, o que vale mesmo é o solipsismo? Seria a compreensão Moral algo externo à compreensão do Direito? Estaria ela associada à noção de algo existente independentemente da conduta humana?

A resposta poderia surgir na proposta ora defendida, na imbricação cooriginária entre o Direito e da Moral (Habermas, 2003, p. 254; Streck, 2011, p. 227), numa dimensão institucionalizada na própria tradição jurídica. A principal característica desta proposta seria a condição histórico-temporal, em que a historicidade do Direito poderia ganhar novos caminhos (ou novos capítulos) diante da facticidade apreendida no caso concreto. A questão de princípio, ou, os argumentos de princípio (Dworkin, 2005, p. 273-275), aqui, serviriam à colocação de pontos de vista jurídico-morais que não poderiam deixar de ser considerados e discutidos na decisão judicial a partir da facticidade do caso concreto.

Portanto, a *Pretensão de Correção* não poderia ser reduzida ao aparato Moral que qualifique o Direito, cuja principal característica seria posicionar-se no âmbito da razão humana, que permite dizer o que é certo ou errado (no Direito), principalmente se a legitimidade desse posicionamento é reduzida a um movimento meramente argumentativo *a posteriori*. O problema é que a linguagem, inserida no âmbito do conhecer, passa a ser instrumento retórico em busca do consenso obtido por força do procedimento, ignorando a diferença ontológica do nível de racionalidade hermenêutico e apofântico (Streck, 2011, p. 285), para transitar tão somente neste último.

¹⁴ A discussão sobre o princípio da proporcionalidade também suscitou divergências sobre a sua equivalência à razoabilidade. Barroso, por exemplo, entende que, embora a origem desses princípios seja diferente, existiria fungibilidade entre eles, visto que ambos seriam indicativos do valor justiça como informativo do ordenamento jurídico (2001, p. 217). A equiparação entre esses "princípios" também é compartilhada por Stumm (1995) e Buechele (1999). Steinmetz (2001, p. 188), por sua vez, aceita a equiparação entre ambos, mas entende que o princípio da proporcionalidade permitiria um controle racional e intersubjetivo o qual adviria de maior definição operacional. Todavia, a superioridade operacional do princípio da proporcionalidade é contestada por Oliveira, para quem a razoabilidade envolveria também exames de adequação, necessidade e proporcionalidade (Oliveira, 2007, p. 96). Aliás, a jurisprudência do STF por vezes também equipara os dois princípios jurídicos, compreendendo que o fundamento positivo deles estaria no artigo 5º, LIV da Constituição Federal.

¹⁵ Mesmo considerando a crítica sobre a falta de correspondência entre as incidências indicadas na ferramenta de pesquisa disponibilizada pelos tribunais e o efetivo número de decisões que utiliza a proporcionalidade, por exemplo, não se pode ignorar que esse tipo de pesquisa jurisprudencial serve de indicio irrefutável da tendência de uso do conceito pelo respectivo órgão decisório. Portanto, embora não seja possível dizer que a conclusão sobre o fenômeno decisório que utiliza a proporcionalidade seja metonímico, não se pode ignorar a importância desse tipo de estudo para a ciência jurídica pátria, principalmente, na aproximação dos âmbitos prático-teóricos.

¹⁶ Alexy entende que a pretensão de correção é o elemento moral necessário e qualificador do direito (Alexy, 2009). Diante dessa relação, a pretensão de correção serviria de fundamento formal e substancial à fundamentação jurídico-racional do Direito (Alexy, 2005, p. 217). Para Alexy, portanto, toda vez que se pondera, interpreta, aplica, fundamenta/argumenta, estar-se-ia exercendo a pretensão de correção (Alexy, 2007, p. 22).

¹⁷ Um dos principais problemas na compreensão da tese de Alexy é a dissociação entre a noção de ponderação, pretensão de correção e fundamentação. A questão está posta na condição que a pretensão de correção exerce como fundamentação moral-ontológica à ponderação. Essa estrutura prévia é o ponto fulcral à correta compreensão da proposta de Alexy (Morais e Trindade, 2012, p. 159).

Nesse sentido, a proposta de Alexy que envolve o princípio da proporcionalidade, pretensão de correção e argumentação, acaba se restringindo ao movimento metafísico da cisão entre conhecimento e fundamentação, ou melhor, decisão e fundamentação. Primeiro se decide, depois se fundamenta, negando que o fundamento vem antes na marca ontológico-existencial-compreensiva do Direito.

Quando Alexy recorre a questões como *analogia ou comparação* (Alexy, 2010, p. 17) – como terceira operação lógica do Direito – e que haveria um *ponto de partida*¹⁸ (Alexy, 2005, p. 47) para a fundamentação racional do discurso jurídico, reconhecem-se indicativos quanto à necessidade da teoria desenvolvida pelo jurista alemão refundar e explicitar o seu pressuposto ontológico-discursivo: a estrutura hermenêutica da precompreensão (Morais, 2013, p. 301).

Essa refundação estaria na relação produtiva do intérprete com a historicidade do Direito, seu modo-de-ser, dando condições à autenticidade de um Direito democrático, intersubjetivo e crítico à facticidade inerente a este empreendimento interpretativo. Seria na precompreensão, portanto, que se fundaria o poder de *distinguishing* do intérprete no estabelecimento da diferença ontológica entre a unidade e a totalidade do conhecimento jurídico (Constituição, Lei, Jurisprudência e Doutrina) e sua *applicatio* em virtude da facticidade do caso concreto. Postula-se, nesse sentido, um Direito íntegro e coerente. Portanto, comparar casos e soluções seria um ato típico da *applicatio*, cujos pressupostos fundantes da precompreensão são o ponto de partida do discurso que procura *explicitar* os critérios jurídicos.¹⁹

Não poderia o intérprete escolher os princípios a serem sopesados, devendo, no mínimo, com vista às exigências da tradição jurídica, considerá-los na sua decisão. Ignorar a tradição jurídica e *escolher* indiscriminadamente os princípios – bens, valores, Direitos Fundamentais [sic] – a serem sopesados apresenta-se como problemático, na medida em que transita sobre o paradigma da filosofia da consciência, em que o poder do intérprete – como corolário de um ato de vontade (Streck, 2010, p. 105) – é determinante à decisão jurídica com base no princípio da proporcionalidade.

A mudança de compreensão da teoria de Alexy, nos moldes ora indicados, exalta a dupla face da pro-

porcionalidade como proibição de excesso ou proteção deficiente, para estabelecer elementos investigativos quanto à resolução do problema concreto diante da historicidade do Direito (modo-de-ser-do-Direito, ontológico-existencial-compreensivo).

Conclusão

O elemento hermenêutico que funda o princípio da proporcionalidade deve servir de base ao combate da aplicação discricionária dessa categoria. Isso porque, embora a proporcionalidade esteja presente na ordem jurídica brasileira, inicialmente por uma noção mais rudimentar que veio se consolidando na jurisprudência do STF até servir de ponto de partida para diversos caminhos doutrinários, pouco se dá atenção ao problema da discricionariedade no seu uso.

Entretanto, pensar o enraizamento ontológico-existencial do princípio da proporcionalidade é pôr em evidência que a dupla face desse conceito (*Übermassverbot/Untermassverbot*) pode servir de base ao combate da discricionariedade judicial, exigindo que o juízo de proporcionalidade mantenha integridade e coerência com a tradição jurídica brasileira de proteção aos direitos fundamentais. Admitir-se algo diferente disso seria negar os reclames democráticos ao Direito, legando ao intérprete a possibilidade solipsista e voluntarista de emprego da proporcionalidade independentemente do engajamento a um critério intersubjetivo.

Exposto o pressuposto, resta, a partir de então, exercer a crítica contra a atitude discricionária que se vale do princípio da proporcionalidade como um enunciado performático que institucionaliza uma violência retórico-simbólica (e irracional), negando a explicitação dos critérios jurídicos que sustentam a coerência da decisão à tradição jurídica da qual se parte.

Referências

- ALEXY, R. 2010. Two or Three. In: M. BOROWSKI, *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart, Franz Steiner, p. 9 -18. (ARSP-Beiheft, 119).
- ALEXY, R. 2009. *Conceito e validade do direito*. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 184 p.
- ALEXY, R. 2008. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 669 p.

¹⁸ Para que não reste dúvida, Alexy afirma que o ponto de partida da argumentação ou do discurso é “formado pelas convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades dadas (faticamente), assim como pelas informações empíricas dos participantes” (Alexy, 2005, p. 47). Essa afirmação parece ser mais que um indicativo quanto à pressuposição de uma estrutura (hermenêutica) à argumentação proposta pelo autor alemão, condição esta pouco explorada pela ciência jurídica.

¹⁹ Conforme sustenta Moraes, haveria um enraizamento ontológico-existencial do princípio da proporcionalidade (2013). Isso significaria “reconhecer o poder da tradição jurídica como precompreensão sobre os juízos de correção, isto é, proporcionalidade. A adesão a essa proposta dá suporte temporal-compreensivo à aplicação do princípio da proporcionalidade, inclusive, naquilo que Robert Alexy identifica como suas submáximas. Isso quer dizer que as relações exigidas pela adequação e necessidade (entre meios e fins), como a proporcionalidade em sentido estrito (com a declaração de restrições injustificadas), só podem ser compreendidas à luz da tradição jurídica” (Morais, 2013, p. 248).

- ALEXYS, R. 2007. Institucionalização da razão. In: R. ALEXYS, *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 19-40.
- ALEXYS, R. 2005. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª ed., São Paulo, Landy Editora, 334 p.
- ÁVILA, H. 2005. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 176 p.
- BARCELLOS, A.P. de. 2006. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: L.R. BARROSO (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, p. 49-118.
- BARROS, S. de T. 2000. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 224 p.
- BARROSO, L.R. 2001. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 363 p.
- BUECHELE, P.A.T. 1999. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro, Renovar, 194 p.
- BUSTAMANTE, T. da R. de. 2012. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, Noeses, 610 p.
- BUSTAMANTE, T. da R. de. 2008. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: T. da R. de BUSTAMANTE, *Teoria do direito e decisão racional: temas da teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 257-303.
- BUSTAMANTE, T. da R. de. 2005. *Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação judicial nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro, Renovar, 354 p.
- CANOTILHO, J.J.G. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1522 p.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. 2008. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 334 p.
- DWORKIN, R. 2005. *Uma questão de princípio*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 593 p.
- FELDENS, L. 2012. *Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 179 p.
- GAVIÃO FILHO, A.P. 2011. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 325 p.
- HABERMAS, J. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. 1, 354 p.
- HECK, L.A. 2005. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: G.S. LEITE (coord.), *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas princiológicas da Constituição*. 2ª ed., São Paulo, Método, p. 89-127.
- MENDES, G.F. 2009. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1486 p.
- MENDES, G. 2001. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, 1(5):1-25. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf. Acesso em: 20/06/2012.
- MENDES, G. 1998. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 478 p.
- MORAIS, F.S. de. 2013. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 346 p.
- MORAIS, F.S. de; TRINDADE, A.K. 2012. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *SJRJ*, 19(35):147-166.
- OLIVEIRA, F. de. 2007. *Por uma teoria dos princípios*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 321 p.
- SARLET, I.V. 2012. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 504 p.
- SARLET, I.V.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. 2012. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1263 p.
- SILVA, V.A. 2009. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, Malheiros Editores, 279 p.
- SILVA, J.V.A. da. 2005. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. São Paulo, Malheiros Editores, 191 p.
- SILVA, J.V.A. da. 2002. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798:23-50.
- STEINMETZ, W. 2004. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 327 p.
- STEINMETZ, W.A. 2001. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 223 p.
- STRECK, L.L. 2011. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 639 p.
- STRECK, L.L. 2010. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 118 p.
- STRECK, M.L.S. 2009. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 174 p.
- STUMM, R.D. 1995. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 181 p.

Submetido: 14/10/2013

Aceito: 29/01/2014