

O INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SEGUNDO A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Cassiane Melo Fernandes¹

RESUMO

O ponto central do trabalho é apresentar uma evolução do estudo do princípio da proporcionalidade, desde o seu surgimento até posicionamentos atuais sobre a matéria.

Para que o tema possa ser compreendido por todos é trazida a lume a distinção entre princípio e regra, com enfoque na corrente de Robert Alexy.

A Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro é latente em apresentar o princípio da proporcionalidade e o compromisso com o Estado Democrático de Direito, sendo a proporcionalidade instrumento de efetivação e garantia da democracia.

Por fim é abordada a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade e demonstrada a importância do doutrinador de Robert Alexy sobre o princípio da proporcionalidade, que traz a subsunção e a como principais elementos.

Palavras - Chaves: princípio da proporcionalidade; Robert Alexy; democracia; razoabilidade; Constituição Federal.

ABSTRACT

The focus of the paper is to present an evolution of the study of the principle of proportionality , since its inception to current positions on the matter .

¹ Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Barretos. Atualmente é Diretora Jurídica, Docente e Coordenadora do Núcleo de Métodos Adequados de Solução de Conflitos da Faculdade Barretos. Advogada

So that the subject can be understood by all is brought to light the distinction between principle and rule , focusing on current Robert Alexy .

The Magna Carta of Brazilian law is latent to introduce the principle of proportionality and the commitment to the democratic rule of law, and the proportionality effective tool and guarantee democracy .

Finally it is discussed the distinction between reasonableness and proportionality and demonstrated the importance of Robert Alexy doctrinaire on the principle of proportionality, which brings the subsumption and the main elements.

Key Words: principle of proportionality; Robert Alexy; democracy; reasonableness ; Federal Constitution.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo trazer estudo a respeito do princípio da proporcionalidade desde o seu surgimento no Estado de Polícia, com a evolução para o Estado de Direito, atrelando-se aos Direitos Humanos, além de identificar que em seu bojo tem uma carga de proibição de excesso ou de desproporção.

Na evolução histórica, será apresentada a origem do princípio da proporcionalidade, sendo que berço histórico remete à Inglaterra, com a posterior disseminação pelos demais países, inclusive o Brasil, que sofre grande influência germânica e anglo-saxã.

Para melhor compreensão do princípio em estudo, é apresentada a distinção entre princípio e regra, principalmente na visão de Robert Alexy, que entende que

princípios são mandamentos de otimização das normas jurídicas.

Posteriormente, passa-se a análise do princípio da proporcionalidade à luz da Constituição de Federal de 1988, demonstrando o seu lastro constitucional e o entrelaçamento com o Estado Democrático de Direito.

Foi exposta a diferenciação entre razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, a visão de Robert Alexy sobre o princípio da proporcionalidade, que apresenta uma teoria arraigada à subsunção e a ponderação.

2. SÍNTESE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O surgimento do princípio da proporcionalidade está intimamente ligado à evolução do Estado de Polícia para o Estado de Direito e com a defesa dos Direitos Humanos. Destaca-se, nesse sentido, o entendimento de Chade Rezek Neto²:

O Princípio da Proporcionalidade teve seu início acompanhado da história da defesa dos Direitos Humanos, onde destaca-se a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, no intuito de estabelecer uma limitação do poder de coação do monarca para a garantia da integridade física e moral dos indivíduos que estavam sob sua dominação. Portanto, a liberdade individual pode ser citada face aos direitos da administração como sendo o nascimento da ideia do Princípio da Proporcionalidade, decorrendo daí o pensamento de que o Estado deveria respeitar os direitos dos cidadãos, sendo oriundas estas ideias das teorias jusnaturalistas, formuladas na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII.

Em consonância com referida posição, Luiz Roberto Barroso³ discorre a

² **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 16.

³ **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198.

respeito do surgimento da proporcionalidade lastreada no direito anglo-saxão e a estreita relação como o devido processo legal, quando assevera que:

o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo.

Neste período, já era possível identificar que a proporcionalidade traz uma carga de proibição do excesso ou de desproporção, que é preponderante até os tempos atuais, conforme fica explícito na afirmação de Willis Santiago Guerra Filho⁴, que no tocante ao Estado de Direito e a ideia de proporcionalidade traz que:

um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na Magna Carta Inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada a ideia acima referida, quando estabelece que o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.

É patente, portanto, que a proporcionalidade esta intrinsecamente relacionada à atuação estatal e legislativa na finalidade do Estado de Direito, observando o exercício moderado do seu poder, principalmente no tocante a característica intervencionista do princípio em tela, que busca resguardar os interesses do cidadão.

Caminhando na evolução histórica do princípio em estudo, tem-se que a Inglaterra foi o seu nascedouro, através da Magna Carta, estendendo-se pelos demais países, com bastante relevância no ordenamento jurídico alemão e norte-americano, que acabou por infiltrar suas raízes no ordenamento jurídico brasileiro,

⁴ **Teoria processual da Constituição.** São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 75.

onde a previsão constitucional do referido princípio é tácita, mas a utilização é consagrada, conforme será abordado oportunamente.

3. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De extrema relevância trazer a distinção entre princípio e regra, antes de ser abordado a respeito da proporcionalidade na Carta Magna pátria.

A matéria foi tratada na obra Teoria dos Princípios, onde Humberto Ávila⁵ defende que:

princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e da parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção; já regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Já para Robert Alexy⁶:

os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais

⁵ **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

⁶ **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. 2. ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2011. p. 91.

existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas.

No presente trabalho, elegeu-se a teoria alexiana, que a partir da distinção de que estabelece que princípios são mandatos de otimização, traz o princípio da proporcionalidade, onde “o significado da diferença entre as regras e os princípios resulta do fato de que o caráter dos princípios tem uma relação de implicação com o mais importante princípio do direito constitucional material: o princípio da proporcionalidade”(ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Trad. de Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 350).

Passa-se à fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade e, por fim, a análise do princípio da proporcionalidade e a teoria de Robert Alexy.

3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Magna de 1988 traz elementos disciplinadores da proporcionalidade, insculpidos no artigo 5º, incisos V, X e XXV ; artigo 7º, incisos IV, V e XXI; artigo 36, §3, artigo 37, inciso IX; artigo 40, inciso III, alíneas c e d e §4, artigo 40, inciso V, artigo 71, inciso VIII, artigo 84, parágrafo único; artigo 129, incisos II e IX; artigo 170, caput; artigo 173, §3, §4, §5, artigo 174 §1 e artigo 175, inciso IV, sendo de aplicação particularizada os artigos citados.

Na estrutura da Lei Maior, não é explícita a regra da proporcionalidade, entretanto, afere-se sua aplicação de maneira específica ou particularizada, como nos

demonstra Sylvia Marlene de Castro Figueiredo⁷ que diz:

O Direito Constitucional Brasileiro acolhe regras de aplicação específica ou particularizada do princípio da proporcionalidade, a que se refere a Constituição, sem, contudo, explicitá-lo, tal como ocorre com alguns direitos sociais, ou no campo do Direito Tributário, ou do Eleitoral (artigo 45, *caput* e §1, da CF).

Assim sendo, denota-se que a regra da proporcionalidade está pulverizada pelo texto constitucional, o que não é impeditivo para sua efetiva utilização.

Neste sentido posiciona-se Willis Santiago Guerra Filho⁸:

a ausência de uma referencia explicita ao principio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualifica- lo como 'norma fundamental', nos termos da Teoria Pura kelseniana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo 'posta' (positivada) e 'pressuposta' (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).

Neste compasso, mister trazer à lume a posição de Paulo Bonavides⁹, que preconiza que “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhece- lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”.

E concluindo o pensamento assevera que:

o princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em

⁷ **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**, São Paulo, RCS Editora, 2005, p. 204.

⁸ **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p.83.

⁹ **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 396.

toda a sua extensão e profundidade o par.2 do art.5, o qual abrange parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, 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.¹⁰

Há entendimento pacífico, portanto, de que o princípio da proporcionalidade é compreendido como um princípio constitucional implícito, tendo em vista não constar expressamente na Constituição Federal, e como um princípio pleno ou genérico, porque vincula todos os agentes públicos.¹¹

Aqui, vale destacar que toda a Administração Pública deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, conforme preceitua a Lei 9.784/99, que trata da Administração Pública Federal e a Lei 10.294/99 que regula o procedimento administrativo do serviço público do Estado de São Paulo, traz menção expressa no tocante à obedecer o princípio da proporcionalidade, podendo ser ilustrada pela definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹², que assim define:

Este princípio enuncia a ideia singela, alias, conquanto frequentemente desconsiderada, de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados. Sobremodo quando a administração restringe situação jurídica dos administradores além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, *prescindendas*, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém está obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o *plus*, o

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.p. 396.

¹¹ PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo. Dialética, 2000. p. 41.

¹² **Elementos de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo. RT, 1992, p. 66-67.

excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe – se que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. (...). Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, em sendo provocado, deverá invalidá – los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado”.

A proporcionalidade também está atrelada ao princípio do devido processo legal, estampado no inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, inclusive, sendo este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Em análise de decisões da nossa Corte Suprema neste aspecto, Gilmar Ferreira Mendes¹³ ensina que:

o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sedes materiae na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art.5, inciso LIV). Por outro lado, afirma – se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua sedes materiae no art.5, inciso LIV da Constituição Federal”.

Vale frisar que o princípio da proporcionalidade está contido dentro do Estado de Direito, pois tem respaldo em princípios norteadores do Estado Democrático de

¹³ **A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, n. 23, 1 Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n 1/8175, p. 475-469.

Direito, que é baluarte do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta trilha, é possível afirmar que:

esse Estado Democrático de Direito é a premissa chave, de onde decorre como conclusão toda a principiologia do sistema jurídico, especificadamente o princípio dos princípios da proporcionalidade, que conclama Poder Judiciário, Legislativo e Executivo à sua execução fiel, sob pena de violação da estrutura político – social e jurídica adotada. Portanto, todo e qualquer outro princípio que seja relacionado como fundamento da proporcionalidade deflui, na realidade, do próprio conceito – mãe do Estado Democrático de Direito, considerando – se que este é o verdadeiro sustentáculo do princípio da proporcionalidade.¹⁴

Superada a temática da fundamentação constitucional da proporcionalidade, visto que ficou claramente demonstrado o seu lastro constitucional e o entrelaçamento com o Estado Democrático de Direito, bem como a sua efetiva utilização no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a tratar da diferenciação entre a razoabilidade e a proporcionalidade, para posteriormente adentrar na ótica de Robert Alexy.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Importante destacar que, em primeiro lugar, a razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos, além do que não é somente o processo legal que se leva a aferir a aplicação destes princípios.

¹⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: O poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo. Saraiva, 2004. p. 77.

Neste sentido, ensina Humberto Ávila¹⁵:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando – se o meio, promove – se o fim.

A razoabilidade para a efetiva aplicação exige uma relação entre as normas gerais e a individualização no caso concreto, de modo que a singularidade do caso concreto justifique a sua utilização em detrimento da norma geral.

Corroborando a assertiva:

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas.

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação

¹⁵ **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro, Renovar, jan.-mar. 1999.

escolhido e a medida adotada.¹⁶

Clarificado está que a razoabilidade tem em seu seio uma relação de equivalência entre a medida adotada e o fim que pretende atingir com adoção de tal medida, traduzindo-se em uma convergência da norma geral com o caso concreto.

Nesta linha, tem-se que:

Com efeito, proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio. Por outro lado, apenas na aplicação desses princípios (e critérios) é que se logra obter a construção de seu significado, legitimação e alcance, pois cada situação solucionada amplia –se o âmbito de sua incidência.¹⁷

Vale destacar que a razoabilidade e a proporcionalidade tem em comum a restrição das arbitrariedades do Poder Público, ponto de confluência intrinsecamente relacionado ao jusnaturalismo, vez que o ideal de razoabilidade é ligado ao Direito Natural, conforme Soares Martinez: “exigem – se, continuamente, do Poder Judiciário decisões razoáveis, equilibradas, coerentes e atinentes aos postulados de Justiça”.¹⁸

Essencial trazer à baila o posicionamento de J.-J. Gomes Canotilho¹⁹ que faz menção ao controle dos atos do Poder Público e a intervenção do Estado na vida do cidadão:

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 2 edição 09-2003. Malheiros. São Paulo.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. p. 121. São Paulo. Saraiva.

¹⁸ MARTINEZ, Pedro Américo Soares. Filosofia do Direito. 2 ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1995. p.381 e 382.

¹⁹ **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 268.

No seu conjunto, tal evolução, que compreende os princípios da proporcionalidade e – em certa medida – da razoabilidade como critérios de controle do poder (inicialmente sobre os atos do Poder Executivo), implicou uma aproximação cada vez maior de uma dimensão material da constituição, guindando o indivíduo a uma posição que o habilite a contestar determinados atos do Estado ofensivos ou restritivos a seus direitos (fundamentais).

Resta evidente, com efeito, a aplicação do princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais.

Continuando a estabelecer a distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, na visão de Paulo Bonavides²⁰, o princípio da proporcionalidade “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com quem são levados a cabo”.

De outra banda, a proporcionalidade se apresenta como um elemento da razoabilidade e neste diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ assim discorre:

Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referencia especial, para ter – se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando – se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma”.

Nesse contexto, é primordial a assertiva de Luis Roberto Barroso²² de que: “o

²⁰ **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 357.

²¹ **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 68.

²² **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 204.

princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

A existência adequada entre o fim e o meio traz uma ideia de equilíbrio e de proibição do excesso e na percepção de Marcia Haydée Porto de Carvalho é:

uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quanto este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformismo na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais.²³

Luis Roberto Barroso²⁴ traz, ainda, os elementos da razoabilidade:

- a) adequação - que, igualmente ao que se apresente no interesse de agir do processo civil, representa a capacidade ou aptidão da medida em atingir os objetivos pretendidos;
- b) necessidade - mais uma vez encontrando similitude no processo civil, representando, também, a utilidade ou proveito em se utilizar a medida; e
- c) proporcionalidade – ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre os ônus e os bônus conseguidos.

Assim, tem-se que a proporcionalidade está contida na razoabilidade. Balizando este entendimento Nagib Slaibi Filho assim assevera:

ainda que haja a motivação, pode e deve o juiz apreciar a razoabilidade do ato, pois a lógica direito é a lógica do razoável. O conceito de razoabilidade não pode ser limitado por critérios que esvaziem o seu conteúdo de verificação de compatibilidade do ato

²³ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p.74.

²⁴ **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 209.

com a lógica.²⁵

Na análise, denota-se que a razoabilidade tem ampla aplicabilidade, sendo que o princípio da proporcionalidade atua nos casos concretos como instituto pormenorizado da aplicação específica da razoabilidade.

5. A VISÃO DE ROBERT ALEXY SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em suas obras Teoria dos Direitos Fundamentais e Teoria da Argumentação Jurídica, Robert Alexy apresenta o princípio da proporcionalidade como critério de aplicação dos princípios jurídicos, fazendo um balanceamento dos princípios jurídicos e os elementos do caso concreto que são apresentados ao intérprete do direito.

Enraizada no princípio da proporcionalidade, a técnica do balanceamento parte do pressuposto da subsunção e da ponderação, que são operações de aplicação do direito.

A ponderação é a mais complexa para utilização, pois seu cerne é umbilicalmente ligado com a racionalidade.

Nessa seara, Robert Alexy²⁶ sustenta:

No que concerne à ponderação, ainda há muitas perguntas por responder. Há três problemas básicos: o da estrutura, o da racionalidade e o da legitimidade. Entre esses problemas existem vínculos estreitos. A legitimidade da ponderação no direito depende da racionalidade. Quanto mais racional seja a ponderação, mais legítima será a prática de ponderações. Até porque a estrutura da

²⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação popular mandatória**. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.59.

²⁶ **Teoría de la argumentación jurídica**. 2. ed.Traduccion de Manuel Atienza y IsabelEspejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 349.

ponderação é decisiva para sua racionalidade. Se as análises revelarem que a ponderação é apenas uma decisão arbitrária então será questionável sua racionalidade, assim como sua legitimidade na jurisprudência, sobretudo na jurisprudência constitucional. O problema da estrutura da ponderação é, portanto, o problema central da ponderação no direito.

Para evitar arbitrariedades na aplicação do direito é preciso compreender a distinção entre ponderação e subsunção, que caminham lado a lado com regras e princípios, que assim são definidos:

As regras são normas que ordenam algo definitivamente [...] O decisivo é, então, que se uma regra tem validade e é aplicável, é um mandato definitivo e deve fazer – se exatamente o que ela exige.[...] Como consequência, as regras são normas que sempre podem cumprir-se ou descumprir – se. Ao contrário, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Por isso, os princípios são mandatos de otimização. Como tais, se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida do cumprimento ordenada depende não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas se determinam mediante regras e, sobretudo, mediante princípios que jogam em sentido contrário.²⁷

Nesse viés, para a efetiva aplicação da proporcionalidade, é imprescindível o uso da ponderação ou balanceamento:

Os subprincípios da adequação e da necessidade expressam o mandato de otimização relativo às possibilidades fáticas. Neles a ponderação não desempenha nenhum papel. Trata-se de impedir certas intervenções nos direitos fundamentais, que sejam evitáveis

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2. ed. Traducción de Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 349-350.

sem custo para outros princípios [...]. Agora bem, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se refere à otimização relativa às possibilidades jurídicas. Este é o campo da ponderação, o único que interessará neste texto.

O núcleo da ponderação consiste em uma relação que se denomina 'lei da ponderação' e que se pode formular da seguinte maneira:

Quanto maior seja o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios tanto maior deverá ser o grau de importância de satisfação do outro.

A lei da ponderação permite reconhecer que a ponderação pode dividir – se em três etapas. Na primeira etapa, é preciso definir o grau da insatisfação ou de afetação de um dos princípios. Na segunda, estabelece – se a importância da satisfação do princípio que joga em sentido contrário. Finalmente, em uma terceira etapa, deve definir-se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a restrição ou não satisfação do outro.²⁸

Fica evidente que a racionalidade se exterioriza pela ponderação, lastreando o princípio da proporcionalidade e a teoria de Alexy, que iguala princípios e valores e aquilata a discricionariedade do juiz, que tem maior possibilidade de aplicação do direito ao fato concreto, sendo esta a principal característica de sua teoria.

A ponderação faz-se necessária para adequar a desproporcionalidade entre intervenções reais e hipotéticas. Ou seja, se hipoteticamente ocorre uma violação a um direito fundamental (intervenção fática), deve-se ocorrer uma intervenção hipotética de mesmo peso e gravidade (como uma indenização, por exemplo).

Como exposto, Alexy não avalia que a ponderação possa dar espaço à arbitrariedade, mas a discussões, argumentações, que vão levar as decisões embasadas, considerando inclusive, a ponderação, que é máxima do princípio da proporcionalidade.

Esse seria um método que aumentaria tanto a importância quanto a força dos

²⁸ Op. Cit, p. 350-351.

princípios e direitos fundamentais dentro de um ordenamento jurídico, dentro do discurso e da argumentação jurídica.

6. CONCLUSÕES

Inafastável a assertiva de que o princípio da proporcionalidade resta consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não ter regra explícita, mas já foi positivado em nosso Direito Constitucional, sendo largamente utilizado nas decisões dos Tribunais pátrios.

Denota-se que guarda uma estreita relação com Estado Democrático de Direito, o que lhe dá sustentáculo para estar presente na esfera do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, podendo ser considerado o “princípio dos princípios”, uma vez que sua essência de proibição de excesso ou de desproporção, de ponderação é cabível em qualquer dessas esferas.

Todavia, para fins deste trabalho, restringiu-se à análise do princípio da proporcionalidade na visão de teoria de Robert Alexy, que sustenta que os critérios de aplicação dos princípios jurídicos, devem se submeter a um balanceamento entre os princípios jurídicos e elementos do caso concreto que são apresentados ao intérprete do direito.

O método alexyano deve ser considerado no momento da aplicação do direito, através da ponderação, que esta ligada com a racionalidade, que, por fim, chega-se à proporcionalidade.

Em suma, Alexy traz em sua teoria que o Direito deve ser aplicado de maneira justa, e para tal, quando ocorre colisão de princípios, aplica-se o princípio da proporcionalidade, que por meio da ponderação, busca impedir intervenções em

direitos fundamentais, consubstanciada na própria argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS

ANAIS DO CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, n. 3, p. 120-140, out. 2015. ISSN 2358-1557

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. 2. ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2011.

_____. **Teoria de la argumentación jurídica**. 2. ed. Trad. de Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo (RDA) 215/151-179. Rio de Janeiro, Renovar, jan.-mar. 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**, São Paulo, RCS Editora, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: O poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo. Saraiva, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

_____. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

MARTINEZ, Pedro Américo Soares. *Filosofia do Direito*. 2 ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo. RT, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, n. 23, 1 Quinzena de Dezembro de 1994, verbete n 1/8175, p. 475-469.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Saraiva.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo. Dialética, 2000.

REZEK NETO, Chade. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação popular mandatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.