

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTÓRIA MARIANO GOMES

PROPORCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES:
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E IMPLICAÇÕES AO
ESTADO DE DIREITO

ARACRUZ

2020

VICTÓRIA MARIANO GOMES

**PROPORCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES:
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E IMPLICAÇÕES AO
ESTADO DE DIREITO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito das
Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ,
como parte dos requisitos para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Diego Crevelin de Sousa

ARACRUZ

2020

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Autorização: Decreto n°. 97.770 de 22/05/1989

Reconhecimento: Portaria n°. 207 de 07/02/1994

**Renovado o Reconhecimento pela Portaria n° 110 de 25/06/2012 (publicado em
28/06/2012)**

VICTÓRIA MARIANO GOMES

PROPORCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES:

**RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E IMPLICAÇÕES AO
ESTADO DE DIREITO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito
das Faculdades Integradas de Aracruz -
FAACZ, como parte dos requisitos para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Diego Crevelin de Sousa
Orientador

Prof. Me. Flávia Spinassé Frigini
Avaliador

Prof. Dr. Eduardo Silva Bitti
Avaliador

Aprovada em: __/__/__

A Deus, fonte de toda vida, pelo alicerce fundamental e pelo cuidado em todos os detalhes. Aos meus pais, por todo o amor que me inspirou a cumprir essa jornada repleta de aprendizados extraordinários.

Ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da FAACZ, por ter me revelado primorosos horizontes da docência e, especialmente, ao meu orientador Diego Crevelin de Sousa, pelos memoráveis ensinamentos, sobretudo em Filosofia do Direito.

RESUMO

Fenômeno de notável repercussão, o critério da proporcionalidade se enraizou em inúmeras doutrinas e jurisdições. Embora a existência de controvérsias acerca de sua aplicação, versadas ao longo do presente trabalho, a ideia se disseminou com grande relevância. Sua avaliação requer o estudo a respeito do aspecto precípua da abordagem do problema apresentado: o Estado de Direito. Nesse sentido, em primeiro momento, apreciaremos as acepções fundamentais que o entornam para compreender, primariamente, o ponto de partida sobre o qual nos debruçaremos no decorrer da pesquisa. Em segundo momento, discorreremos acerca da origem da proporcionalidade, bem como da sua leitura contemporânea. Seguindo as referidas inspeções, em terceiro momento avaliaremos a aplicação da proporcionalidade e sua interferência na separação de poderes do Estado. Nesse último momento de discorrimento da proporcionalidade, observaremos seu comportamento em casos concretos e, conseqüentemente, sua interferência no princípio democrático inerente ao Estado de Direito: a separação de poderes.

Palavras-Chave: Estado de Direito; legislação; separação de poderes; princípios e proporcionalidade.

ABSTRACT

A phenomenon of remarkable repercussion, the criterion of proportionality has taken root in numerous doctrines and jurisdictions. Although the existence of controversies about its application, versed throughout the present work, the idea has spread with great relevance. Its evaluation requires the study of the main aspect of approaching the problem presented: the rule of law. In this sense, at first, we will appreciate the fundamental meanings that surround it to understand, primarily, the starting point on which we will focus in the course of the research. Second, we will discuss the origin of proportionality, as well as its contemporary reading. Following the aforementioned inspections, thirdly, we will assess the application of proportionality and its inference in the separation of State powers. In this last moment of discourse on proportionality, we will observe his behavior in specific cases and, consequently, his interference in the democratic principle inherent to the rule of law: the separation of powers.

Keywords: Rule of law; legislation; separation of powers; principles and proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ESTADO DE DIREITO: ACEPÇÕES FUNDAMENTAIS	12
2.1 Estado de Direito	12
2.2 Estado Democrático de Direito	15
2.3 Neoconstitucionalismo.....	16
2.4 Estado de Direito e Separação de Poderes – A concepção de Jeremy Waldron	20
2.5 Estado de Direito e Dignidade da Legislação	23
3 PROPORCIONALIDADE: DA ORIGEM DO DIREITO ALEMÃO À SUA LEITURA CONTEMPORÂNEA	28
3.1 A proporcionalidade no Direito Alemão	28
3.2 A recepção da proporcionalidade no Brasil	30
3.3 Aspectos determinantes da teoria principiológica de Robert Alexy na defesa da proporcionalidade como método de resolução de colisões de princípios.....	32
3.4 A proporcionalidade em sentido estrito.....	35
4 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE	41
4.1 Aplicação da proporcionalidade como critério de resolução de conflitos entre princípios e sua inferência na separação de poderes	41
4.2 Aplicação da proporcionalidade como critério de regulação de intervenção do Estado nos direitos fundamentais.....	50
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Estamos sujeitos ao governo por leis e partilhamos de um sistema jurídico legitimado por ideais sobre os quais não temos uma concordância comum. Esse é o âmago desafiador da formação e da unidade de uma comunidade pela qual um Estado, que reconheça a separação de poderes, perpassa. E, neste trabalho, é ponto de partida indispensável.

Ao longo dos séculos, o Estado moderno se transformou em uma composição organizada, firmada sob valores revolucionários que assegurassem ao indivíduo uma sistemática que lhe garantisse uma estrutura equilibrada. O almejo pela garantia da ordem, atrelado ao contexto de desenvolvimento e consolidação dos direitos inerentes à pessoa humana, concedeu espaço à primazia pela valoração moral do arranjo estatal, sobretudo da ordem jurídica.

Essa forma de Estado alicerçada à axiologia possibilitou a inserção de vieses intelectivos determinantes na condução do sistema jurídico. Uma conexão entre o mecanismo de regulamentação social e a moralidade fora estabelecida, de modo a visar o atendimento às necessidades da sociedade e coordenar uma remodelação da própria conjectura dos direitos fundamentais. Dentre outras características, essa é a que configura o Estado que, hoje, vislumbramos como democrático – e reconhecemos como Estado de Direito.

Trata-se de uma remodelação de contornos relevantes. Sob essa acepção epistemológica de Estado, o sistema consolidado pela separação de poderes, anterioridade normativa e independência dos tribunais, recai em moldes revolucionários cuja legitimação se sustenta a partir de critérios extrajurídicos e alheios ao código lícito-ilícito. Isso permite a introdução de soluções flexíveis, capazes de suplantar disposições já estabilizadas, uma vez que o sistema – como ele é – não alcança todos os entornos.

A ótica realista de que o complexo normativo contém limitações metodológicas e estruturais, não raro, é desconsiderada. Percepção inclusive integrada pela essência democrática do reconhecimento dos desacordos e dissensos existente em sociedades plurais. Embora seja inevitável escapar dessa questão, ainda assim revoluções na abordagem de *aplicação* do Direito são oportunizadas com o objetivo

de conferir ao Estado maior equilíbrio e efetividade em suas deliberações, para que o Estado de Direito seja solidificado e conduzido juntamente à evolução da sociedade.

Nesse interim, uma proposição de grande repercussão em inúmeras doutrinas e jurisdições fora inserida há algum tempo no ordenamento: a proporcionalidade. Especialmente no Brasil, sua recepção se caracterizou conforme a sistemática axiológica tão versada no país, de modo que rapidamente se tornou um imperioso critério de resolução de colisão entre princípios e aparentemente uma solução perspicaz.

Como elemento constitutivo de entendimentos decisórios, a proporcionalidade compreende uma metodologia que fora submetida a uma ponderação de natureza subjetiva; razão pela qual permite a revisão de determinações legislativas em face de direitos fundamentais. Observa-se aqui, a inferência do método na aplicação jurídica e, conseqüentemente, na vinculação ao legislativo, tendo em vista a reinterpretação de disposições já previamente definidas pelo legislador.

Isso posto, uma das questões sobrelevadas, nesta pesquisa, é a seguinte: a proporcionalidade, como critério de resolução de conflitos, é realmente capaz de empreender na ordem jurídica maior diligência e resguardo no cumprimento e execução dos direitos fundamentais? Sendo a hipótese afirmativa, existem limitações para que essa transformação através da ponderação ideal aconteça, ou, trata-se de método permissivo de discursos promovedores?

A proposta de reinterpretação à vinculação do legislativo, que questiona e torna objeto de ponderação disposições já previamente estabelecidas pelo legislador, coloca em pauta o Estado e a separação de poderes – entendido como garantia pelo moderno constitucionalismo. Oportuniza-se então a indagação: é possível afirmar que a aplicação da proporcionalidade viola a separação de poderes do Estado?

Esses são questionamentos (e objetivos) inerentes a discussão acerca do desenvolvimento da proporcionalidade e, portanto, imprescindíveis para a elucidação do objetivo principal, qual seja, analisar as implicações do referido mecanismo na separação de poderes. Para tal alcance, é imperioso que visualizemos a aplicação da proporcionalidade, por intermédio da inspeção qualitativa de casos, demonstrada no capítulo quatro, com a observância da inferência da proporcionalidade no plano concreto, com vistas ao exame da alternativa ensejada para as problemáticas que cercam o liame jurídico.

Não raro, nossas predisposições particulares respondem mais facilmente inúmeras perguntas que entornam a realidade social e ensejam soluções aparentemente mais eficazes e efetivas. E, não raro, o Direito não alcança esses objetivos. Inevitavelmente, então, estabelecemos instituições ideais e organizamos formas de empreendimento da moral e da justiça, intencionando uma melhor sistemática – e nenhum problema há nisso, mas, existe um espaço oportuno para que essas concepções sejam estabelecidas.

Uma das proposições sobre as quais este trabalho se compromete, no decurso da análise do problema de pesquisa apresentado, se concentra na evidência da importância da aplicação do direito como fenômeno intrínseco e indispensável a preservação e solidificação da democracia, observando as suas limitações metodológicas e seus critérios de regulação e resolução previamente determinados.

O estudo da natureza do direito nos mune com o conhecimento das diversas interações do universo jurídico e da sua infindável complexidade que, apesar de gerar inúmeras discussões e possibilidades, nos permite delimitar o território sobre o qual o direito pode caminhar com mais segurança. Examinar, portanto, as abordagens e pretensões da aplicação da proporcionalidade frente ao Estado de Direito, viabiliza a observância de aspectos essenciais à proteção do próprio Direito e da ordem democrática.

2 ESTADO DE DIREITO: ACEPÇÕES FUNDAMENTAIS

2.1 Estado de Direito

Existe uma razão imprescindível que confere autoridade à norma jurídica: ordenação da sociedade. Razão que se estatui em meio à realidade do desacordo e da assimetria de opiniões, experiências e costumes dos indivíduos que compõem os agrupamentos sociais. É no procedimento pelo qual as normas realizam essa ordenação que encontramos a chave fundamental da compreensão do Estado de Direito.

Joseph Raz, em exploração ao conceito de Estado de Direito¹, evidencia o papel das chamadas “razões de primeira ordem”, incumbidas pela integração das perspectivas individuais do homem, e o papel das “razões de segunda ordem”, atinentes às próprias razões, prevalecentes na tomada de uma decisão e alheias aos juízos de valores. Raz as diferencia sobretudo para demonstrar o melhor desempenho das deliberações judiciais quando observadas tais diferenciações.

Nesse sentido, as “razões de segunda ordem” são as disposições normativas que, estabelecidas, tornam a rediscussão política e moral por parte do judiciário, desnecessária. Essa é a legitimação da coordenação realizada pela norma jurídica que, apreendida com essa autoridade, integra positivamente na consolidação de uma sistemática estatal que reconheça a pluralidade existente entre as condutas humanas. Ao deixar as pré-compreensões morais nas “razões de primeira ordem”, as normas ganham uma configuração de base de conduta que traz previsibilidade e segurança. Aqui, o Estado de Direito se caracteriza.

No entanto, não se pode ignorar que, embora a performance normativa de um Estado seja ao máximo eficiente, assertiva e clara, dissensos acerca de sua interpretação inevitavelmente acontecerão. A maneira como a instituição pública lida com debates gerados por esses desacordos é tão importante quanto a solidificação da ordem normativa. A sociedade poder explanar seus pontos de vista, poder se conduzir com dignidade pelo ordenamento, considerando suas diferenças morais e

¹ Ideia apresentada e discorrida em: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Introdução. Item 2.

políticas, é crucial para o Estado de Direito. É preciso uma instituição que possibilite a ação da coletividade com todos os seus dissensos e censos já internalizados.

Interessante a abordagem de John Rawls sobre a sociedade (RAWLS, 2003, p. 47, apud GALVÃO, 2014, p. 26)²:

[...] A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que denomino fato do pluralismo razoável” (2003, p. 47).

Há, portanto, uma intrínseca e profunda conexão entre a ordem normativa e o Estado. Dessa forma, algumas observações merecem ser colocadas. A primeira delas é a respeito da oportunidade conferida ao cidadão no Brasil de “acessar a justiça” para apresentar alguma situação sobre qual ele acredita estar respaldado pela lei e, por isso, quer obter algum resultado. Tal questão integra um conjunto de procedimentos que obrigatoriamente precisam ser contemplados, tais como a garantia da imparcialidade, a representação por advogado, decisão com base em produção de provas devidamente produzidas e contraditório. Esses são alguns dos aspectos essenciais do devido processo legal preconizados pela Constituição Federal de 1988.

São integridades esperadas em um Estado de Direito. Integridades que, se suplantadas por “razões de primeira ordem” no julgamento de uma situação jurídica, culminam em uma diretriz estatal alheia à democracia. Isso porque, o processo político de decisões precisa estar em consonância com a administração delas, isto é, as delimitações funcionais das instituições requerem obediência, o devido processo legal é uma imperiosa ilustração disso. Permitir que a autoridade da norma se esvaia por pensamentos moralmente mais aceitáveis ou que o processo seja conduzido sem respeito ao previsto pela Constituição é se desprender do Estado de Direito.

A chave fundamental do Estado de Direito é a coordenação das condutas humanas por intermédio de normas jurídicas que atuam em meio à realidade do

² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Item 4, pg. 26.

desacordo e, principalmente, observando a regra da maioria. Essa é uma virtude inexorável que requer, no entanto, alguns elementos imprescindíveis para a sua estruturação e monitoramento. Jeremy Waldron, defensor de um Estado de Direito que se responsabilize, sobretudo, pela maneira como os cidadãos são tratados, especialmente diante de um sistema normativo, apresenta com extrema relevância esses elementos³.

As instituições próprias para a aplicação das normas, as Cortes, são elementos substanciais para o Estado, na medida em que funcionam por intermédio de procedimento organizado para garantia de julgamentos imparciais sobre os direitos e as contendas que envolvem os indivíduos. Procedimentos previsíveis que asseguram a imparcialidade são, para Waldron, essenciais para um ordenamento saudável e para o reconhecimento de que as pessoas possuem versões e perspectivas a respeito dos fatos e normas imputadas a elas.

Em igual raciocínio, a positividade é basilar para o Estado de Direito. Aqui reiteramos a ideia do processo democrático que resulta em normas de coordenação da sociedade. A positividade é o reconhecimento de que existe um processo majoritário de elaboração dos dispositivos para que, justamente, a dignidade dos indivíduos seja devidamente respeitada por meio de sistema político que considere a pluralidade do coletivo. Normas positivadas empreendem anterioridade e declaração do conteúdo dos direitos resguardados aos cidadãos.

Nesse contexto, a sistematicidade compõe mais um elemento essencial do Estado de Direito. Trata-se da argumentação jurídica utilizada como fundamentação das decisões judiciais. A observância de que não existe uma automação no modo como a interpretação é engendrada, considerando a distinção e a particularidade dos diversos casos jurídicos, enseja uma sistematicidade mínima na argumentação jurídica que reflita os compromissos constitucionais e políticos entabulados através do processo majoritário, e que legitima a decisão judicial.

Há, porém, contornos relevantes que integram a exegese. A realidade social é extremamente complexa e, tantas vezes, inalcançável pela sistemática estatal, por melhor que ela se constitua. Surgem então motivações – por um lado, compreensíveis – de transformação dessa concretude através de posturas engajadoras da instauração da justiça. Posicionamentos enveredados pela ótica de que é possível alcançar o

³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Item 6.4, pg. 255.

espírito social por elucubrações principiológicas e repletas de reflexões morais, além da lei e em detrimento dela. Um grande exemplo desse pensamento é a corrente neoconstitucionalista. Ao passo que a consolidação do Estado de Direito chama pelo cumprimento dos compromissos firmados pela sociedade, a predileção por essa hermenêutica deixa a lei em segundo plano.

2.2 Estado Democrático de Direito

A inferência da arena política muito tem a ver com a proposição neoconstitucionalista. Estudos reiteram que a perspectiva material e substancial de Estado de Direito é ensejada pelo objetivo de transformação da realidade política.

A nomenclatura “Estado Democrático de Direito” é recorrente em inúmeras abordagens teóricas, especialmente nas neoconstitucionalistas. A ideologia de um Estado promissor da justiça e da moralidade, sugestivamente, se encontra nessa expressão; não à toa, “democrático” e “estado de direito” se encontram complementares entre si.⁴ Interessante mencionar que o termo fora inicialmente formulado pelo jurista espanhol Elias Díaz, na década de 1960, que, diante das falhas do sistema liberal e social em combater as desigualdades sociais, idealizou um novo paradigma para institucionalizar uma organização comprometida com a causa.

Inevitavelmente, essa ideia de Estado se disseminou e produziu uma proeminência sobre o poder judiciário na resolução de questões políticas, já que incumbira a ele a designação das implicações do Direito. Desse modo, o espaço para interpretações enviesadas – principalmente da Constituição - dotadas de justificativas morais, ficou cada vez mais amplo e motivado pela condução principiológica de que o Direito pode e deve ser usado como mecanismo de progresso civilizatório. Aqui se tem a convergência com o neconstitucionalismo: a dependência da aplicação da lei aos parâmetros politicamente projetados.

De fato, o desânimo com o não alcance da legislação, ou com o alcance moralmente injusto dela, de inúmeras questões sociais é real e inevitável. Sobretudo quando se advém de um contexto ditatorial que, aliás, antecedeu a criação da

⁴ Em comentário ao artigo 1º da Constituição Federal, José Afonso da Silva afirmou que não se trata apenas de uma união formal, mas de uma representação ao ideal revolucionário de transformação social do Estado. Abordado em: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Item 5.2.

expressão “Estado Democrático de Direito. ” Assim, o modelo criado parece mais otimizador e adequadamente equipado com ferramentas que proporcionam a justiça.

É curioso destacar aqui o constitucionalismo dirigente, incitado por José Joaquim Gomes Canotilho⁵. Também resultante do desacordo com os resultados abrangidos não suficientes para uma determinada transformação política desejada, ensejou fortemente a vinculação de todos os poderes às diretrizes constitucionais. O grande problema, porém, foi a descredibilidade gerada pelo legislativo e executivo que, aparentemente, não conseguia cumprir as tarefas transformadoras idealizadas e, assim, o poder judiciário restou como alternativa esperançosa para o depósito de soluções de problemas morais e políticos.

Apesar de, posteriormente, Canotilho ter reconhecido que um projeto constitucional objetivado a conferir uma unidade que não parte da premissa da existência da pluralidade e dos desacordos, considerando que integra ao judiciário a mesma vinculação do legislativo, sua ideia original foi agregada significativamente às academias e ainda é extremamente fomentada, de modo a incorporar ao “Estado Democrático de Direito” a mesma tarefa inicialmente formulada pela sua teoria.

Constitucionalismo e democracia tornaram-se supostamente indissociáveis na medida em que a utilização do termo “Estado Democrático de Direito” tem o intuito de agregar ao Direito a tarefa de resolução das contingências históricas. O neoconstitucionalismo, diante de sua concepção teórica sobre o Estado de Direito, sucede dessas acepções e debilita as ideias abordadas em primeiro tópico.

2.3 Neoconstitucionalismo

Culminamos em uma forma de Estado de Direito contemporânea no Brasil em que o desenvolvimento dos direitos fundamentais e o enaltecimento ao cumprimento de princípios são defendidos como o marco de sua caracterização.⁶ Historicamente, muitas foram as motivações políticas para que uma sistemática aparentemente mais

⁵ Similar a ideia de Elías Díaz em razão da descrença e desconfiança do sistema político que confere autoridade à norma jurídica para a coordenação das condutas humanas. Abordado em: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Item 5.2.

⁶ Entendimento de Norbert Lösing. La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho, cit., p. 1004. Abordado em: Georges Abboud. Processo Constitucional Brasileiro – Ed. 2019, item 9.2.

preocupada com a situação social se consolidasse – principalmente em razão do contexto de décadas sob o regime ditatorial.

Trata-se de movimento com grande repercussão no meio acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, designado neoconstitucionalismo que, imerso na demonstração da importância das circunstâncias históricas na aplicação jurídica, defende o Direito como prática social. Com vistas à ruptura do positivismo jurídico, a teoria abarcou a hermenêutica e a identificação moral para a integração de idealizações políticas, afirmadas como o único modo efetivo de alcance às contingências do Estado.

Conceitualmente, o movimento não é unívoco. Existe uma pluralidade de visões acerca do conceito de neoconstitucionalismo que se distingue conforme a predileção por determinada vertente. Há quem acredite na potência da corrente para se valer como novo paradigma de interpretação e aplicação constitucional e, há quem não o condicione a tamanho feito mas nutre expectativas relevantes sobre sua capacidade em orientar o Direito. O ponto é que, embora a existência das divergências conceituais nesta ou naquela questão, é possível apreender que, no fim, estamos lidando com um movimento de enaltecimento do ponto de vista do jurisdicionado, imbuído de mecanismos abertos de interpretação, na tarefa de consolidação dos compromissos constitucionais.

O protagonismo de uma estrutura rígida de aplicação da norma jurídica não sustentou a perspectiva epistemológica do “novo constitucionalismo”. Isso porque outro protagonismo fora idealizado e externado como o promovedor do progresso que o Estado necessita para manter-se justo e consolidado: um ordenamento valorativo que detenha um sistema normativo flexível capaz de se adaptar à realidade social vigente e à sensibilidade do intérprete. Uma transferência de tarefas dotadas de caráter político para o poder judiciário, que promove a instrumentalização do processo judicial.

De fato, não seria possível – e não é – sustentar uma versão idealizada pela moral e pela justiça, por intermédio de uma disposição metodológica que não contempla esses aspectos como fatores de legitimação e que opta pelo formalismo, pelo rigor teórico. É preciso uma metodologia teórica que comporte pareceres e justificativas com as mais variadas interpretações, já que o que interessa é o alcance da prosperidade estatal com base no “bom” senso e na filosofia de quem julga o liame jurídico entre os indivíduos.

Por essa razão, principalmente, o incômodo pela teoria positivista remanesceu. Afirma-se que o positivismo jurídico⁷, em nome da obediência à lei, fora o responsável por legitimar regimes totalitários e instigar o autoritarismo, na medida em que sua estrutura formal não vislumbra a realidade social e política ao redor, se limitando a uma visão mecanicista e “fria” do ordenamento. Nesse interim, o Estado de Direito não pode estar vulnerável a uma concepção que não se mostre compromissada com a justiça.

Diante de tal inconformismo, a acepção neoconstitucionalista surge como solucionadora do caos que, supostamente, o positivismo causou e não cuidou em resolver. O protagonismo da nova modelação, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, motivador dessa corrente desde o início do século XXI, então, competindo à valoração moral do ordenamento, manifesta-se sob a argumentação de que somente com uma reaproximação do Direito com os princípios éticos e morais e com o julgamento conforme a boa justiça do intérprete, o Estado de Direito alcançaria sua melhor forma.

Sobre o espectro, o Ministro Luís Roberto Barroso (2006, p.27-28) aduz:

(...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.⁸

No mesmo sentido, em Recurso Extraordinário nº 477. 554/MG, com o objetivo de respaldar a interpretação judicial, tendo como base a recorrência aos princípios, o Ministro Celso de Mello afirmou:

⁷ Importa mencionar que o positivismo jurídico detém diferentes abordagens em sua teoria, tais como: positivismo jurídico *lato sensu*, positivismo jurídico *stricto sensu*, positivismo jurídico inclusivo, positivismo jurídico exclusivo, pragmatismo jurídico e realismo político. No contexto deste tópico, porém, nos ateremos a concepção teórica *lato sensu*, que considera o Direito como fenômeno de regulamentação legitimado pela autoridade normativa e envolto pelo formalismo jurídico.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo).

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição. (STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 16/08/2011, s.d.)

A dissociação entre positivismo e Estado de Direito se tornou a medula do neoconstitucionalismo a partir de uma condenação política. Cada vez mais, a capacidade de alcançar resultados consideráveis por meio da legislação fora suplantada pela aparente possibilidade de se alcançar esses resultados por vieses abertos e suscetíveis, mascarados por argumentos como o da força normativa de princípios, a uma aplicação jurídica em prol da justiça e do bem comum. Assim, a ideia constitucionalista ressignificou o objetivo do Direito ambicionando um resgate moral de seu papel frente às problemáticas sociais. Em resumo, a norma jurídica só tem validade, perante ao Estado de Direito, se adequada a arena política em vigor.

A interpretação constitucional como objeto de transformação social pelos tribunais é uma clara representação do protagonismo pela perspectiva dos juízes em detrimento do positivado em lei. Quando o processo majoritário não contempla questões políticas consideradas como relevantes para a estruturação social, o neoconstitucionalismo dá ao Poder Judiciário a prerrogativa para intervir na medida em que fomenta interpretações progressistas de princípios constitucionais, com grandes abstrações. Essa configuração parece uma retomada ao viés do Realismo Jurídico do século XX. As diversas limitações legislativas eram alvo de constantes questionamentos por parte dos realistas que defendiam, sobretudo, o caráter social e político do Direito que requeria um estudo empírico para que o magistrado pudesse considerar os diferentes impactos de seu posicionamento.

O positivado em lei não poderia prender o juiz a decidir consoante sua apreensão sobre a realidade, já que a análise empírica permitiria que ele observasse e aferisse da, melhor forma possível, os efeitos de sua decisão. Ou seja, inúmeras soluções jurídicas para o caso concreto poderiam ser possíveis e, portanto, a mais

assertiva quanto à realidade social em comento deveria ser a escolhida pelo julgador. Como construção histórica e política, o Direito era visualizado como fenômeno que deveria se amoldar à situação fática, principalmente em razão das incessantes modificações ocorridas em uma sociedade. Um dos motivos, pelos quais, hoje, o neoconstitucionalismo incentiva uma hermenêutica constitucional “transformadora”.

É importante destacar que uma governança estatuída pelo povo e identificada em uma Constituição representa o progresso de muitas nações. Em grande parte dos governos, especialmente os revolucionários, a configuração de um sistema constitucional se tornou o arquétipo idealizado para a segurança e garantia. Não à toa, o molde constitucional se apresenta com significativa aderência entre tantas jurisdições. A constitucionalização se fez sinônimo de um ordenamento ideal, garantidor do equilíbrio social e da limitação do poder, porque nessa sistemática de organização fora apresentada uma Constituição que se amolda à realidade que se pretende alcançar.

2.4 Estado de Direito e Separação de Poderes – A concepção de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron defende a democracia como nossa melhor teoria de governança⁹ e, com isso, chama atenção para a separação dos poderes e a integridade que cada um deles possui. No tópico subsequente, trataremos da abordagem sobre o poder legislativo e a imprescindibilidade de reconhecer sua dignidade e seu espaço apropriado para discussões políticas que se mostrará inexoravelmente ligado a este exame. O estudo do Estado de Direito muito integra o raciocínio Waldroniano sobre compromisso democrático com o processo majoritário.

Diante do contemplado no primeiro item deste capítulo, Waldron idealiza um Estado de Direito compromissado com o tratamento dos indivíduos e com o reconhecimento de suas perspectivas e visões sobre a sociedade, e com uma estruturação que reconheça isso. Nesse diapasão, a separação de poderes, para ele, significa um princípio político que funciona para a inspeção do arranjo estatal e que se difere de outros dois princípios: o de dispersão de poder e o de freios e contrapesos. O autor revela que a separação de poderes empreende uma separação

⁹ ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 2019. São Paulo. Item 9.8.1. P. 16.

qualitativa entre eles, não representando apenas um óbice a concentração de poder ou um equilíbrio entre os poderes.

Waldron (2016, p. 48) reitera:

O princípio da separação de poderes ocupa um lugar poderoso na tradição do pensamento político há muito tempo aceito como canônico entre nós. A forma como estava presente nas mentes da geração fundadora, federalistas e anti-federalistas. Esta presença positiva, não apenas normativa, mas presença positiva não era uma questão de positividade jurídica. Já era aceito entre a geração fundadora como uma pedra de toque estabelecida da legitimidade constitucional.¹⁰

Nesse interim, como pedra de toque, a questão elucidada por Waldron é sobre a responsabilidade de cada poder no exercício de papéis incumbidos a cada um deles. Para isso, ele identifica a dignidade do Legislativo, a independência do Judiciário e a autoridade do Executivo como integridades determinantes no impedimento da tirania e, portanto, na efetivação do Estado de Direito democrático.

Esse é o ponto crucial de sua teoria. A separação dos poderes tal como ele defende permite que visualizemos a diferença entre promover decisão judicial, legislar e governar. Algo que, no Brasil, apesar de, em tese, se fazer distinções a respeito de cada papel dos poderes do Estado, se dilui pela ideologia contemporânea neoconstitucionalista quando a própria aplicação jurídica se vislumbra com problemas de motivação e cultura judicial¹¹ que transferem para o judiciário incumbências legislativas que não lhe compete. Waldron, em sua teoria ideal, assevera a importância da limitação de cada ramo do governo à sua função, para que seja delimitado o que é a postura ativista do judiciário e como o devido processo deve ser conduzido.

¹⁰ WALDRON, Jeremy. *Political Theory*.

¹¹ Nesse ponto, é interessante mencionar: Em assertivo argumento, Bruno Torrano salienta sobre a intrínseca relação entre o problema do ativismo judicial brasileiro e a motivação dos magistrados. Existe uma questão fundamental que precisa ser reconhecida, qual seja, a textura aberta do direito que, inúmeras vezes será suplantada por ato discricionário do juiz. Isso não significa que o juiz está alheio às amarras da lei, significa que existe um critério previsível para que a valoração moral possa se realizar (TORRANO, Bruno. *Democracia e Respeito à Lei. Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo*. 2019, cap. 4.). É claro que a teoria de Waldron, por ser ideal, não contempla a realidade brasileira em todos os seus moldes e a pretensão em abordá-la não é essa (não deve ser), mas, não obstante a essa delimitação, evidencia-se aqui, a contemplação ao espaço que é de cada um e a autoridade conferida à lei.

No Estado de Direito de Waldron, a separação de poderes é intrinsecamente ligada ao devido processo, isto é, existe uma articulação importante na governança, cuja obediência à integridade do Legislativo, Executivo e Judiciário conduz o poder político de maneira adequada. O respeito a esse princípio norteador da ideia apresentada pelo autor, nos permite apreender a imperatividade da lei versada em tópico seguinte, fundamental para o governo democrático e, portanto, para a contenção da tirania que se reveste principalmente quando a lei é uma questão de escolha e não de obediência.

Aqui cabe uma questão interessante colocada por Waldron que enfatiza a necessidade de compreensão sobre a limitação funcional de cada poder. Em suas elucidações, o autor atenta para o fato de que ainda continuamos à deriva no que concerne à autoridade das deliberações feitas no congresso e no que concerne à equivalência da legislação e do raciocínio legislativo para fins jurídicos. Embora somente a legislação tenha sido mencionada nesse questionamento, é possível absorver que os demais poderes também precisam do reconhecimento e do cumprimento de suas efetivas atribuições.

Em certo momento de sua proposição teórica sobre a separação de poderes, Waldron destaca o argumento de John Locke¹² em seu Segundo Tratado de Governo. Ao discutir a respeito da sociedade civil, Locke propõe o investir a legislação em uma assembleia representativa, de modo que a autoridade seja colocada sob a coletividade dos homens, chamada de Senado ou Parlamento. Assim, nenhuma intenção de superioridade ou soberania poderia suplantar a autoridade da força da lei. Para isso, o poder legislativo precisaria ser separado das demais funções.

Com essa argumentação, Waldron reitera a proposição acerca da limitação funcional dos poderes, atinente à ideia de Locke mais do que o princípio dos freios e contrapesos ou o princípio da dispersão do poder. Outro exemplo que elucida a pretensão Waldroniana, é o argumento de Thomas Hobbes¹³ que, em primeiro impacto, não parece oferecer uma reflexão sobre a separação de poderes, já que Hobbes é lembrado por sua teoria de centralização de poder. De fato, o filósofo não era flexível à separação de poderes, no entanto, existe uma diferença, observada por Waldron, imprescindível para a discussão: um governante hobbesiano que exerce

¹² WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. 2016. London. Cap. 3, P. 66.

¹³ WALDRON, Jeremy. *Political Political Theory*. 2016. London. Cap. 3, P. 69.

indistintamente os poderes em um estado bruto e um governante hobbesiano que exerce distintamente os poderes mesmo que sob as mãos de um só.

Apesar de Hobbes defender que os poderes do governo são indivisíveis e indiciáveis, o primeiro exemplo de governante hobbesiano não caracteriza sua forma de governo. O governo de Hobbes assimila a forma diferenciada dos poderes e, portanto, reconhece a autoridade conferida a cada um. A legislação, então, precisa ser promulgada antes que o soberano exerça o poder sobre o indivíduo e os tribunais, pertencentes ao soberano, são responsáveis pela aplicação da lei promulgada. Waldron esclarece que tal diferenciação importa no sentido que separa o soberano que confunde a função dos poderes apenas porque ele detém o poder de todos, do soberano que, mesmo detentor do poder de todos, reconhece a função precípua de cada um.

Tais considerações sobre a importância da separação de poderes, isto é, a integridade conferida a cada um deles e, conseqüentemente, as limitações funcionais que os poderes possuem, reiteram a acepção fundamental de Estado de Direito, versada em primeiro item deste capítulo, que nos permite passar para o próximo tópico.

2.5 Estado de Direito e Dignidade da Legislação

[...] Por que o embaraço a respeito da legislação? Por que a sensação de conforto maior com instituições que negam ou disfarçam a sua legislação?
(WALDRON, 2003, p. 20)¹⁴

O reconhecimento do desafio a respeito da legislação é o cerne deste tópico e o que faz dele um imperioso contraponto à perspectiva de Estado de Direito apresentada pelo neoconstitucionalismo. Significa ainda, o ponto de partida escolhido para fazer as próximas considerações sobre o problema disposto neste trabalho. Mais do que isso: é preciso que fique claro que esta é uma proposição ideal e, portanto, deve ser considerada sob esse aspecto e limitação metodológica.

A tendência neoconstitucionalista gerou o imaginário de que os desacordos e dissensos sobre a pluralidade de questões sociais presentes no nosso dia a dia, podem ser integrados ao Direito como tarefa a ser resolvida ou minimizada através da

¹⁴ WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. 2003. São Paulo.

metodologia axiológica de moralização da aplicação jurídica. A descrença pela primazia à legalidade, pelo compromisso constitucional (que contempla os ideais institucionalizados pelo Poder Legislativo) e, sobretudo, pela prerrogativa do poder legislativo em efetivar discussões políticas, impede que o enfrentamento à realidade de que jamais será possível todos concordarem sobre o mesmo aspecto de maneira igual, seja devidamente realizado e colocado em um campo de debate que não compete ao poder judiciário. Como veremos nos próximos capítulos, é uma disfunção democrática¹⁵ presente, inclusive, no ordenamento brasileiro.

Em preciso argumento, o autor Jeremy Waldron (2003, p. 111)¹⁶ traduz esse desafio salientando que a legislação não é uma lógica com a qual seja simples conviver, exatamente pelo fato de que em grande parte do tempo, compartilharemos a implementação de uma opinião sobre a justiça que não é a nossa. Waldron olha para essa questão como fator crucial para a instauração de um verdadeiro Estado de Direito comprometido com a democracia, não podendo ser, de forma nenhuma, ignorada. Aqui se observa a integridade de cada um dos poderes defendida por Waldron, neste caso, especificamente a do poder legislativo, que contém um espaço legítimo para que questões morais¹⁷ sejam adequadamente discutidas.

Waldron salienta sobre a legislação (WALDRON, 2003, p. 44-45, apud GALVÃO, 2014, p. 37)¹⁸:

[...] Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer a lei mesmo quando ela vai contra os seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião confiante – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política. Pois a decretação da medida em questão é indício da

¹⁵ TORRANO, Bruno. Democracia e Respeito à Lei. Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo. 2019, cap. 05. O autor menciona que se trata de uma disfunção legitimada pelo pós-positivismo brasileiro que retira da Constituição a autoridade do Direito e a transfere para o Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. 2003. São Paulo.

¹⁷ É interessante mencionar que Ronald Dworkin, concordando com a inevitável existência de desacordos na sociedade, trata-os, porém, como questões de princípio, ou questões morais, cuja legitimidade para decidir sobre se encontraria nos juízes. Para o teórico, já existe o reconhecimento desses princípios na Constituição, cabendo ao juiz, portanto, uma leitura moral dos mesmos. Nesse ponto, a concepção de Waldron e Dworkin se diferem, pois, ainda que sejam questões de princípios, existe discordância sobre seu significado, por exemplo. Abordado em: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Item 5.2.

¹⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. P. 37

existência de uma opinião quanto à sua justiça, sua moralidade ou sua conveniência, que é diferente da deles; alguém deve ter sido a favor da lei ou achado que era uma boa ideia. Em outras palavras, a existência da lei, juntamente com a opinião do indivíduo, é indício de discordância moral na comunidade quanto à questão subjacente. [...]

Em capítulo 04 de seu livro *A Dignidade da Legislação*¹⁹, Waldron analisa uma passagem do livro de Aristóteles que, segundo ele, não ganhou a importância que deveria na teoria da democracia. O objetivo do autor, ao concentrar mais atenção na elucidação de Aristóteles, é justamente empenhá-la primordialmente no entendimento sobre o desafio da legislação e sobre o Estado de Direito. A passagem referida é uma pergunta acerca do que deve ser o poder supremo do Estado, sendo sua resposta intrinsecamente ligada às complexidades atinentes à formação estatal. Entre as possibilidades apresentadas pelo próprio Aristóteles, estão a multidão e o indivíduo.

A multidão, isto é, o povo, ganhou a formulação para a resposta da pergunta feita por Aristóteles. O povo é quem deve estar no poder da pólis. Waldron, nesse sentido, apresenta duas versões argumentativas, chamadas por ele de “doutrina argumentativa da multidão” (“DSM”), para engendrar a discussão sobre soberania e sobre a atuação do povo quando a detém e atua como um “corpo” que toma decisões mais assertivas em conjunto, reunindo conhecimento. A primeira versão diz respeito à comparação da atuação do povo como um “corpo” que haja dessa forma em conjunto e da atuação de um só membro desse “corpo” que, embora seja excelente, não toma decisões tão assertivas sozinho.

A segunda “DSM”, considera que o “corpo” atuando em conjunto com a reunião de conhecimento, decide melhor do que subconjuntos de indivíduos que atuam como um corpo e reúnem seus conhecimentos. Mesmo com a abordagem concisa sobre a exposição de Waldron, é possível perceber que o mais interessante das versões apresentadas é o modo como elas se entrelaçam ao que conhecemos, no primeiro tópico deste capítulo, por oportunidade conferida à sociedade em manifestar às instituições políticas anseios, questionamentos e desacordos. Inclusive sobre a maneira como se pensa a respeito da relação entre o indivíduo e o poder, sobre o indivíduo e a democracia.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. 2003. São Paulo. Cap. 04, p. 113.

E mais, quando Aristóteles reconhece a influência do princípio de que o povo deve deter a pólis, Waldron ressalta que ele reivindica a importância das assembleias legislativas e emerge à discussão a aplicação e execução das leis, conformando que a assembleia, reunida em julgamento, deliberando e decidindo sobre questões as quais a lei muitas vezes é indeterminável, é democraticamente mais apropriada que um único indivíduo deliberando sozinho acerca de problemas de ordem social e política. Acrescenta que, embora na assembleia nenhum representante possa ser visualizado como melhor que o outro, a multidão ainda goza de maior primazia. Nesse sentido, Aristóteles retorna ao processo político majoritário sua autoridade e ao julgamento sua imparcialidade.

Realmente, a proposição aristotélica deveria ser mais enveredada. Com o advento do movimento neoconstitucionalista, a norma jurídica ganhou pretextos para ser manejada convenientemente por finalidades políticas. A discussão dos problemas da sociedade agora compete ao judiciário, à liberdade do intérprete em atuar com base no seu senso de justiça. Assim, teoricamente, o referido poder é surpreendentemente capaz de conter o desafio dos desacordos e dissensos a partir de sua atuação liberta das amarras do conteúdo da lei; já que a obediência aos valores morais e principiológicos justificam tais escolhas e modelam o Estado de Direito para o progresso civilizatório. Ocorre que a desvalorização da norma jurídica, em nome de qualquer princípio que seja, não corresponde ao ideal democrático.

O problema nunca esteve na primazia à lei defendida pelo positivismo. Ao contrário, é preciso que se recupere a dignidade da legislação. A lógica sobre os desacordos sociais, mencionada por Waldron, esclarece que se trata de uma necessidade de dignificar essa realidade por intermédio de procedimento que de fato alcance as divergências sociais com respeito à democracia. Reconhecer e cumprir a autoridade normativa é conceder ao Estado de Direito essa forma de governo verdadeiramente. John Locke, preparado para dizer sobre a legislação, realça que ela é o espírito que forma, dá vida e unidade à comunidade, de modo que os membros da sociedade tenham influência e ligação mútua, podendo sobrelevar suas perspectivas morais e políticas por meio de instituição composta por representantes democraticamente eleitos e responsáveis pela discussão sobre justiça.

A concepção Waldroniana revela o Direito como resultado desse acordo deliberativo e democrático realizado antes da normatização. O Estado de Direito reclama a consciência dos indivíduos sobre a ordem normativa que se encontra nesse

processo de representação e não no subconsciente de quem aplica o Direito. Não à toa, Locke atribuiu à legislação grandiosa importância. O lugar de discussão sobre a justiça, ou qualquer outra idealização é na legislação.

3 PROPORCIONALIDADE: DA ORIGEM DO DIREITO ALEMÃO À SUA LEITURA CONTEMPORÂNEA

3.1 A proporcionalidade no Direito Alemão

Uma das fundamentações recorrentes sobre a proporcionalidade, que ecoou no Brasil, inclusive, é de que ela tem suas raízes no princípio de Estado de Direito. Nessa afirmação já encontramos a primeira questão que merece ser pontuada com objetividade e clareza: a ideia de Estado de Direito, sem uma revelação de sua forma, não é suficiente para fundamentar as origens e a validação da proporcionalidade, tão somente porque essa argumentação não nos fornece nenhum respaldo teórico sobre sua base normativa, sobre como direitos fundamentais serão operados²⁰. É indispensável fazer essa elucidação para que partamos do lugar certo antes de realizar qualquer tipo de aferição. Por esse motivo, consideraremos sua tradição histórica no direito alemão, para percorrer a natureza do pensamento, visualizar e compreender seu contexto de origem e, então, assimilar seu conceito e explorar os efeitos decorrentes de sua aplicação. Com isso em vista, passemos adiante.

Inicialmente, a proporcionalidade se desenvolveu na Alemanha, em conjuntura de direito público, mais especificamente em restrições do poder de polícia. Com a criação de um rol de direitos fundamentais²¹, até então não reconhecidos pela constituição, a ideia da proporcionalidade se consolidou, em primeiro momento, com a preocupação em garantir a proteção dos interesses individuais mediante a ação estatal que contempla interesses coletivos. Em outras palavras, observada a vinculação dos três poderes a esses direitos no ordenamento alemão, o poder judiciário se viu obrigado a estatuir um método que pudesse avaliar intervenções do Estado que dificultassem ou impedissem a efetivação dos direitos fundamentais.

Embora não exista uma concordância total acerca do caráter de princípio da proporcionalidade, é interessante mencionar que a jurisprudência do Tribunal

²⁰ Excepcional crítica de Lucas Catib de Laurentiis em: LAURENTIIS, Lucas Catib De. *A Proporcionalidade no Direito Constitucional: Origem, Modelos e Reconstrução Dogmática*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo. 2015.

²¹ A título de definição, baseado na abordagem identificada no capítulo, os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos públicos-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, dispostos em determinações constitucionais que limitam o poder estatal frente à liberdade individual. Isto é, os direitos fundamentais assim se orientam a partir de sua força formal, de sua positivação. DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2008, cap. 3.

Constitucional Federal Alemão, em decisão na década de 60, iniciou a elaboração do conceito referindo-se à ideia como princípio resultante do âmago dos direitos fundamentais, de modo que, apesar de não positivada constitucionalmente, possuía status constitucional. Sem adentrar no mérito do questionamento sobre ser efetivamente um princípio ou não, o que interessa para este tópico é demonstrar que, originariamente, esteve-se diante de uma limitação a medidas que pudessem de alguma forma interferir no interesse individual, isto é, esteve-se diante de uma proteção de direitos contra a atividade do Estado.

Ainda em contexto jurídico alemão, com a criação do rol de direitos fundamentais e o desenvolvimento da aplicação da proporcionalidade, algumas concepções chamaram a atenção, tais como a de Peter Lerche que defende que a proporcionalidade poderia ser colocada *pari passu* ao princípio da necessidade²² e ser utilizada a partir de uma estruturação de intervenção determinada e servir como padrão comparativo. Ainda que sistemáticas como essa tenham representado um avanço da dogmática da proporcionalidade e dos direitos fundamentais, a incorporação dos pensamentos fora realizada de maneira enviesada pela jurisprudência do tribunal alemão, sobretudo em razão de correntes doutrinárias axiológicas integrarem o entendimento com a tese de que direitos fundamentais configuram um complexo de valores que devem ser respeitados, quantificados e hierarquizados conforme seu valor abstrato ou disposto no caso concreto.

A decisão *Lüth*²³, marco no direito alemão, reflete exatamente essa incorporação valorativa aos direitos fundamentais, motivo pelo qual também representa um linde a nova construção da dogmática constitucional – até porque, a jurisprudência dos direitos fundamentais do Tribunal Alemão, ainda por volta de 1957, se encontrava mais vagarosa comparada a outros assuntos constitucionais. Em síntese, nesse julgamento do início da década de cinquenta, o Tribunal Constitucional Alemão ensejou a tese do sistema axiológico dos direitos fundamentais em situação

²² Peter Lerche, em estudo publicado na década de 60, na Alemanha, já havia idealizado a proporcionalidade como princípio constitucional que, além de caminhar ao lado do princípio da necessidade, objetiva o impedimento ao excesso de medidas legislativas que possam impactar na liberdade individual. Para o estudioso, uma escala de intensidade de intervenção poderia ser o parâmetro de análise de medidas estatais que ultrapassem o “ponto” identificado como excesso. Em sua acepção, o vínculo do legislador, portanto, se atrela à proibição de que ele não pode exagerar na intensidade de intervenção. Abordado em: DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2008, cap. 10.

²³ Caso *Lüth* abordado como ponto de transição da dogmática constitucional alemã em: LAURENTIIS, Lucas Catib De. *A Proporcionalidade no Direito Constitucional: Origem, Modelos e Reconstrução Dogmática*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo. 2015.

que envolvia limitação da liberdade de expressão do crítico de cinema Erich Lüth que escreveu um manifesto contrário a um filme apoiado pelo regime do terceiro Reich e, por essa razão, teve uma ação ajuizada contra seu nome. Na ocasião, pela primeira vez, os direitos fundamentais foram abordados como direitos públicos subjetivos de resistência contra o Estado e também como configuração axiológica objetiva, tendo em vista a argumentação dos magistrados integrada de elementos que faziam menção a valores e se distanciavam de correntes como o positivismo.

Algumas pontuações contundentes podem ser colocadas a respeito, mas o que particularmente fica evidente é a apropriação principiológica imprecisa dos direitos fundamentais que contemplam a proporcionalidade, que, originariamente, tinha um objetivo específico traçado. A oscilação em sua interpretação e aplicação abre caminho para a consolidação de uma proposição não mais compromissada com a sua finalidade original. Os direitos fundamentais passam a instituir uma abstração dogmática que, mais tarde, pode vir a abranger outros valores abstratos que também serão “beneficiados” pela proporcionalidade e, a partir daí, não será para a contenção do poder que essa estará sendo empreendida.

3.2 A recepção da proporcionalidade no Brasil

Como em inúmeras jurisdições, a proporcionalidade também fora recepcionada e adaptada no Brasil²⁴. É muito significativo notar sua recepção no ordenamento brasileiro e observar questões referentes a sua fundamentação e aplicação que tantas vezes se escondem nas sutilezas da argumentação jurídica em geral. É uma ideia que, de fato, chamou a atenção das doutrinas e jurisdições, especialmente quando imbuídas de vieses principiológicos repletos de finalidades morais e políticas.

De modo sucinto, é possível afirmar que a recepção da proporcionalidade se assinalou com inconsistência e problemas com relação a sua sintetização a um simples exame de balanceamento com vistas a razoabilidade, equilíbrio e/ou harmonização. A ótica da proporcionalidade, hoje, impera com a concepção de

²⁴ Um parêntese para uma questão curiosa: a recepção da Proporcionalidade em Portugal. Há décadas o pensamento se configura na jurisdição e doutrina portuguesa - inclusive alguns autores aduzem que existe uma influência considerável na recepção brasileira. Doutrinadores portugueses afirmam que a proporcionalidade objetiva a limitação do poder de polícia do Estado constitucional e, conjuntamente, afirmam que a ideia garante a implementação de um direito mais justo. DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2008, cap. 10.

ponderação, com vistas a uma atuação estatal medida pela proporção identificada como razoável. Como se verá nos tópicos adiantes, a aparente efetivação de valores através da abstração da ideia, ensejou sua instrumentalização e, conseqüentemente, sua aplicação de forma equivocada e, inclusive, em muitos casos, desnecessária.

O imaginário neoconstitucional no Brasil, preocupado com a utilização do Direito como prática social, contribui em larga escala para a consolidação da tese valorativa dos direitos fundamentais fomentada no Tribunal Alemão quando a proporcionalidade passou a se desenvolver. Extremamente controversa, essa abstração de conteúdo, que se dá na medida em que uma proposição interpretativa pode tudo validar, corre um grande risco de perder o alcance ao objetivo que originalmente se propôs: o compromisso de controlar e disciplinar (imposição de limite *material*) a atuação do Estado frente à proteção de direitos fundamentais.

A proposição se difundiu tão veementemente que até declaração de inconstitucionalidade de leis com o parâmetro exclusivo da proporcionalidade foi permitida. Fruto do descrédito pela norma jurídica positivada e pelo crédito a mecanismos que conferem liberdade ao juiz para julgar o que já havia sido determinado pelo legislador. A aplicação direta de princípios e a prática constante do sopesamento de valores estão intrinsecamente relacionadas à proposição teórica neoconstitucionalista que marca a forma como se deu a recepção no país da proporcionalidade.

O moralismo jurídico²⁵, repleto de partidários na doutrina brasileira, com o condão de recusa aos limites impostos pelo legislador, transfere a responsabilidade de concretização das normas constitucionais do plano normativo para o plano axiológico idealista. Isso cria uma interpretação progressista da Constituição que, incorpora normas com grandes campos de serventia cujo controle objetivo resta-se prejudicado. Cada vez mais, os princípios constitucionais têm chamado a atenção e sua distinção qualitativa das regras, como forma de empregar a eles maior possibilidade de abertura e da realização da ponderação.

No campo conceitual, não faltam determinações de doutrinas brasileiras que ilustram essa imprecisão da recepção da proporcionalidade. Trata-se de uma apoderação retórica, muitas vezes acompanhadas de denominações sobre as quais não se parece ter cuidado com sua natureza e com suas questões metodológicas,

²⁵ Diretamente relacionado a Teoria da Interpretação que, principalmente, criticava a interpretação e aplicação positivista das normas. RAMOS, ELIVAL SILVA. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*.

tornando-se lugar comum discutir sobre o tema sem o cuidado com essas pontuações. Uma elucidação disso é a defesa da proporcionalidade sob uma argumentação – mais ou menos – pautada na teoria de Alexy e a colocação da proporcionalidade em sentido estrito.

3.3 Aspectos determinantes da teoria principiológica de Robert Alexy na defesa da proporcionalidade como método de resolução de colisões de princípios

Versar sobre proporcionalidade como mecanismo de solução de conflitos e versar sobre direitos fundamentais, inevitavelmente nos remete à teoria de Alexy. Bem consolidada e com inúmeros adeptos, sua teoria compreende o direito sob a perspectiva principiológica, de modo que, basicamente, duas espécies de norma jurídica, distinguidas por uma estrutura diferente, são consideradas: regra e princípio.

Para Alexy, regra se situa como um dever definitivo, aplicada pelo processo da subsunção, ao passo que princípio se configura como um dever *prima facie* que requer o processo de sopesamento quando colidente com outro princípio. Para sua teoria, distintamente da regra, o princípio só se determina de fato no plano concreto, ao se correlacionar com outro princípio colidente, ou seja, mesmo que o princípio apreciado em um julgamento tenha menor peso ou importância, comparado a outro caso em que esse mesmo princípio esteve em observação, não lhe é retirado sua validade. Essa é a alteridade entre a teoria axiológica implantada no início do desenvolvimento da proporcionalidade na Alemanha, e utilizada no caso *Lüth*, e a teoria principiológica de Alexy. Naquela ocasião, o peso de bens jurídicos poderia já ser aferido no plano abstrato.

Parêntese importante: É fundamental fazermos essa separação porque o esclarecimento ajuda a desfazer alguns desarranjos argumentativos que prejudicam a aplicação e o entendimento da proporcionalidade, por vezes, em razão da incompreensão da proposição teórica de Alexy e, por vezes, em razão da desconsideração consciente de partes significativas de sua teoria. Esse é o motivo pelo qual este tópico se desdobra. Não nos debruçaremos em críticas a respeito da proposta de diferenciação do autor, mas na segmentação de sua abordagem que é incorporada em muitas doutrinas brasileiras de sustentação da proporcionalidade.

Alexy determinou um “ponto decisivo” na diferenciação entre regras e princípios, qual seja, a de que princípios são “mandamentos de otimização”, medidos por possibilidades fáticas e jurídicas.

Esclarece o autor (2015, p. 91):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²⁶

Nesses termos, isto é, de uma proposição pautada em uma estrutura de direitos fundamentais eminentemente principiológica, o cumprimento dos “mandamentos de otimização”²⁷ se torna o objetivo e a abertura necessária para que todos os princípios, inclusive normas estruturais, sejam passíveis de ser otimizados. Uma distinção qualitativa que se empreende quando o autor aborda as colisões entre princípios, afirmando que esses colidem na dimensão do peso, ao contrário das regras que conflitam na dimensão da validade. Segundo teoriza, princípios apresentam precedência em face um do outro sob certas condições, de modo que algum deva ceder. Para isso, um sopesamento que alude à essa condição de precedência, isto é, observância das condições concretas, e que não retira sua validade se faz necessário para solucionar o empasse da colisão.

Explica-se (2015, p. 97)

Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos

²⁶ Alexy, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2015.

²⁷ Poscher, aluno de Alexy, fez uma crítica extremamente contundente e assertiva em: POSCHER, RALF. Acertos, Erros e Equívocos de autocompreensão da Teoria dos Princípios. 2015. “A normatividade dos mandamentos de otimização resulta apenas dos mandamentos para otimizar. Não é necessário para tal, como objeto da otimização, um mandamento que deve ser otimizado. É possível otimizar tudo, como, por exemplo, doença e morte, comprimento, largura, altura, temperatura, tempo etc. Da mesma forma, a direção da otimização não é estipulada pelo objeto do mandamento, mas sim pelo mandamento da otimização, que estabelece principalmente por meio do contexto do objeto, se o objeto deve ser maximizado ou minimizado relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas.”

princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.

Assim, com base nessa condição de prevalência proposta por Alexy, teoricamente, a otimização fática e jurídica dos princípios se concretiza. A otimização fática se compõe nos critérios de adequação e necessidade e a otimização jurídica se compõe no bem tutelado em si, naquilo que for considerado importante para a realização máxima do princípio. O exame de adequação e necessidade, máximas da proporcionalidade alexyana, junto com a proporcionalidade em sentido estrito, têm dependência com os dados empíricos observados no caso concreto, portanto, inevitavelmente vêm a ter relação com possíveis juízos idiossincráticos do operador do direito.

Alexy versa sobre a chamada “lei de colisão”, exemplificada com um caso sobre um acusado que, devido a tensão gerada pela audiência em que seria submetido, poderia ser acometido por derrame cerebral ou infarto, para evidenciar sua teoria acerca da colisão de princípios e sua resolução com base na situação fática.

Exemplo demonstrado pelo autor:

No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que nesse tipo de caso há "uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado". Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "por si só, de prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto [...]

Enfatizando: Alexy defende que se parta de uma ponderação concreta, do sopesamento conforme as circunstâncias do caso, enquanto a teoria axiológica desenvolvida na Alemanha, que vislumbramos no início, partia de uma ponderação abstrata de valores identificado como constitucionais. Apesar de termos problemas dogmáticos e metodológicos relevantes com a proposição alexyana, não se trata de uma aplicação de princípios desprendida de critérios ou pronta para ser aplicada segundo a vontade do magistrado, por isso é preciso observá-la com todas as suas pontuações. Principalmente se a intenção for a solução de colisões entre princípios a partir da defesa da proporcionalidade em sentido estrito na forma de “mandamento de sopesamento” proposta por Alexy.

3.4 A proporcionalidade em sentido estrito

Doutrinas brasileiras partidárias da teoria dos princípios, especialmente as neoconstitucionalistas, geralmente empreendem a aplicação da ponderação no ordenamento como método inexorável ao direito. A perspectiva valorativa, juntamente com a credibilidade engendrada à distinção qualitativa de Alexy, entre regras e princípios, contribui significativamente para essa atribuição de importância ao que é considerado como mecanismo de resolução de conflitos entre princípios.

A rejeição, dos críticos à teoria positivista, à subsunção “mecânica” das normas, é outro fator preponderante para que a interpretação voltada aos valores se empreenda. Claramente, remanesce o incômodo pela submissão do julgador à estruturação normativa que exige o enquadramento dos fatos na hipótese prevista, aliada à sanção imposta. O idealismo principiológico se consolida em meio a essa aceção equivocada sobre ser uma simples mecanicidade e em meio à intenção de conduzir politicamente o direito. Trata-se, na verdade, de uma subsunção observadora dos limites previstos na aplicação do Direito que não permitem, contudo, testes como a ponderação.

Alguns autores tomam a ponderação como sinônima à proporcionalidade em sentido estrito. Para Alexy, ela representa um método de resolução de colisão de princípios, uma das três máximas da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento). Sempre sob a ideia

principiológica de direitos fundamentais e sob a ideia de que aquelas primeiras decorrem de possibilidades fáticas e, essa última, de possibilidades jurídicas.

Com efeito, existe uma grande necessidade de preservação do núcleo dos direitos por inúmeras doutrinas, no entanto, disposições expressas sobre o controle de intervenção desses direitos se mostram ausentes e dificultosas para a determinação do conteúdo dos mesmos. Isso enseja a implementação de mecanismos que fomentam avaliações subjetivas de figuras como a colisão de direitos fundamentais.

A colisão, porém, somente deve ser enfrentada em situação de justificação de intervenção estatal, tendo em vista o motivo de um direito fundamental limitar a execução de direito atingido por medida veiculada pelo Estado. Isto é, tem-se a colisão quando a efetivação de um direito fundamental por um indivíduo impede ou restringe a execução de um direito fundamental de outro indivíduo. É importante clarificar essa questão, porque a colisão é afirmada com recorrência e geralmente empreendida com o método da ponderação.

O fato é que: à ponderação, é outorgada a tarefa de observação dos quadros relevantes do caso concreto que, ao final, no entanto, pondera valores. Somente após um exame que determina se o ato é adequado e necessário, a última etapa pode ser realizada, ou seja, é na ponderação que a decisão jurídica acontece, de modo que constitua um teste que na verdade funciona como prova geral e ampla.²⁸ Notadamente, maior liberdade tem o intérprete e, conseqüentemente, maiores as chances de suas preferências morais serem o gatilho, envolto por uma argumentação bem elaborada, para alterações das próprias limitações legislativas existentes.

O pensamento sobre princípios configurarem “mandamentos de otimização” promove afirmações ligadas ao seu entendimento. Basicamente, essa configuração representa, sob esse ponto de vista, uma essencialidade que permite o conhecimento de sua abrangência por outros fatores além da norma que o consagra. Uma espécie de adaptação da normatividade do princípio conforme a situação concreta, assim a ponderação obtém uma justificação. Esse é o entendimento encontrado na doutrina

²⁸ Afirmação de Lucas Laurentiis sobre a controvérsia gerada em face da proporcionalidade em sentido estrito, já esperada, uma vez que são depositadas grandes expectativas em método que não se orienta por nenhum ponto normativo. LAURENTIIS, Lucas Catib De. *A Proporcionalidade no Direito Constitucional: Origem, Modelos e Reconstrução Dogmática*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo. 2015.

do Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²⁹ que afirma que o princípio da proporcionalidade requer um sacrifício de um direito identificado como útil para solução de determinado problema.

Sobre a ponderação, sustentam (2019, p. 184):

[...] O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreductível de dois direitos por ela consagrados.

Inclusive, em mesma aferição acerca do tema, os autores defendem que o juízo da ponderação pode ser realizado tanto pelo juiz, quanto pelo legislador, de modo a deixá-los sob igual campo funcional e, assim, sob nenhuma limitação funcional, já que ao julgador é também concedido à decisão de valoração do direito fundamental. Afirma ainda que o legislador pondera princípios ao definir determinado valor, como se a proporcionalidade como reguladora da intervenção estatal fosse sinônima à ponderação.

É imperioso lembrar que a proporcionalidade em sentido estrito não existe no formato original da proporcionalidade concebida na Alemanha. É curioso que esse molde principiológico desperte uma expectativa tão promissora e, em contrapartida, seja um mecanismo que também transpasse insegurança. Seus defensores sustentam esse teste com grande ênfase em sua capacidade de reunir um raciocínio coerente com as circunstâncias do caso concreto quando, na verdade, não há um parâmetro determinado que conduza esse sopesamento com segurança.

O imaginário neoconstitucionalista muito fomenta essa aposta hermenêutica que parece resolver problemas complexos de litígios; aposta, inclusive, vantajosa para

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Cap. 3, item 13.

uma sistemática empreendida pela flexibilização. A ponderação, nessas condições, passou de “último passo” para único passo, que integra um balanceamento “diferenciado” de relativização, moralmente apto à fundamentação jurídica.

Observemos a passagem de Antônio Cavalcanti Maia (MAIA, 2008, p. 221 apud GALVÃO, 2014, p. 178-179)³⁰:

Os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos não são mais suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo, e requerem, também, por parte do juiz, o uso da racionalidade teleológica.

Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com “casos difíceis”, se tornem filósofos (Dworkin) e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores.

Diante da imprecisão e insegurança jurídica, cunhadas em razão do objetivo de racionalização da proporcionalidade que sugere uma ponderação sem critérios objetivos, uma constatação já ficou evidente: estamos tratando de um teste que enseja decisão política por parte do magistrado. É interessante como determinadas formulações criativas na abordagem conduzem à defesa pela ponderação. Flávio Martins, em seu curso de Direito Constitucional³¹, ao mencionar as limitações dos direitos fundamentais, distingue limitações internas das limitações externas. Ambas dizem respeito à natureza dos direitos fundamentais, mas a primeira compreende aos limites encontrados na própria Constituição e a segunda diz respeito aos limites impostos por outros direitos constitucionais ou normas infraconstitucionais.

Para sua argumentação, o autor retorna à distinção entre regras e princípios de Alexy para enfatizar a ideia de otimização dos princípios, os quais, segundo ele, os direitos fundamentais assumem, em regra, a forma. Assim, com seu raciocínio, os direitos fundamentais configurando conteúdo vago e indeterminado, a otimização constitui-se de modo basilar para esclarecer que não existe direito fundamental absoluto e que um princípio poderá colidir com outro e ser, ao final, sopesado. Como

³⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição.

³¹ JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. 2020. Cap. 13, p. 691.

se verifica, com essa perspectiva, novamente temos a generalização e a serventia ilimitada dos direitos fundamentais.

Existe uma crítica formulada contra a proporcionalidade em sentido estrito, no entanto, que deve ser esclarecida.³² Ela se pauta sob um viés de rejeição do chamado “Estado intervencionista”, cuja defesa é pela resolução das colisões de direitos de liberdade individual através da sociedade, isto é, consoante acordos entabulados entre os interessados, nos quais o Estado não possa restringir depois. Em outras palavras, o mercado regula e resolve seus conflitos.

A grande questão é defender tal crítica em contexto de disposição constitucional que estabelece, ou melhor, obriga a intervenção do legislador sobre os direitos fundamentais (artigo 5º, §1º). Ainda que não houvesse expressa previsão, o Estado é o garantidor desses direitos e, portanto, o detentor da competência da decisão em caso de conflito, do contrário, o risco seria a existência de um Estado beligerante. Ademais, tem-se os direitos fundamentais prestacionais que, considerando sua conformação necessária, o Estado jamais poderia se ausentar da responsabilidade de regulamentação.

É imprescindível abordar essa argumentação para que outras teorizações não recaiam no mesmo problema de racionalidade da proporcionalidade em sentido estrito. Compreender a delimitação constitucional de poderes é impedir que o poder judiciário ultrapasse o exercício do que o compete e, sobretudo, respeitar a hierarquia que a Constituição possui. Se o legislador já decidiu a respeito da valoração de qualquer direito fundamental, o judiciário não pode decidir diferente com base em nenhuma concepção moral ou política. A proporcionalidade em sentido estrito instiga ampliação de poder e descredibilidade do Estado constitucional.

Sobre a racionalidade da ponderação, imaginemos o seguinte: um possível conflito entre o direito individual de propriedade e o direito social de moradia. Em ação de usucapião ou desapropriação, o magistrado precisa determinar quem ficará integralmente com o bem, considerando não ser possível distribuí-lo proporcionalmente entre as partes. Admitindo somente a teoria da proporcionalidade em sentido estrito, o resultado da ação interposta possui respaldo tanto para o direito individual quanto para o direito social, isso porque, a decisão tomada será justificada

³² Abordada em: DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2008, cap. 10.

por qualquer argumento pautado sob a ponderação. Não existe antecedência, previsibilidade ou pré-disposição normativa, existe apenas a valoração dependente do caso concreto e da escolha do intérprete.

No modelo da ponderação, a propriedade se torna uma “referência social” passível de sopesamento. O exemplo acima demonstra o modo como a proporcionalidade em sentido estrito atribui um critério de balanço irracional a um “poder de disposição absoluto”, a troco de integrá-lo em uma esfera principiológica fragilizada, que configura certos bens e disposições determinadas em resultado de equilíbrio de interesses.³³

Há, ainda, uma outra pontuação interessante: direitos fundamentais, do ponto de vista material, são heterogêneos e, do ponto de vista formal, possuem mesma aptidão jurídica. Isso significa que a ponderação se torna impossível mesmo fundamentada na Constituição. Mais uma incongruência da proporcionalidade em sentido estrito que fomenta o subjetivismo do julgador e desvincula o Estado de sua configuração democrática. Sendo não somente, o subjetivismo em si, o maior problema, mas a definição do competente a tomar uma decisão de cunho político que requer a escolha de uma alternativa. Uma problemática que interessa ao princípio democrático da separação de poderes.

³³ PORTO MACEDO JUNIOR, R, REINALDO DE LIMA LOPES, J. Crítica da Ponderação. São Paulo. Saraiva, 2002. Cap. 4.

4 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

4.1 Aplicação da proporcionalidade como critério de resolução de conflitos entre princípios e sua inferência na separação de poderes

Chegamos ao capítulo primordial deste trabalho. A elucidação, a partir de demonstrações concretas, da teoria apresentada até aqui, é fundamental para o aprimoramento do estudo e para a realização da conclusão que, certamente, requer uma análise que observe a alçada concreta do problema proposto. É preciso elucidar que existe uma escolha pela demonstração qualitativa dos exemplos que serão apresentados e, por outro lado, portanto, existe uma limitação no quesito quantitativo. O que não significa prejuízo à avaliação, afinal, o objetivo de perquirir a execução da proporcionalidade em sentido estrito, frente ao Estado de Direito, restará clarificado na abordagem a seguir.

Até aqui vislumbramos a originalidade da proporcionalidade partida do contexto alemão e, em contraponto, seu desenvolvimento distanciado do fim a que originalmente se propôs naquela conjectura. Além disso, observamos sua recepção no Brasil atrelada a ideia axiológica surgida na Alemanha e a ideia principiológica cunhada por Alexy, muito fomentada pelo ideal neoconstitucionalista de flexibilização e relativização, e constituída por uma (in) sustentação normativa de balanceamento de valores repleta de grandes expectativas.

A primeira aplicação a ser examinada é o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em HC nº 126.292/SP, cuja discussão se sucede na esfera criminal. Trata-se de matéria concernente a execução provisória da pena, versada em *Habeas Corpus* impetrado em favor de acusado pelo crime de roubo majorado. O indivíduo fora condenado em primeiro grau, tendo decisão mantida e mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de recurso de apelação apresentado pela defesa.

Nesse interim, a contenda segue o curso do debate acerca da execução provisória da pena após julgamento de segundo grau. Razões indispensáveis vêm à tona para enfrentar muitos argumentos explanados no referido documento que relativizam direitos e garantias fundamentais e promovem correções morais do que é incontestavelmente preconizado pela Constituição Federal. Mas, o foco deste tópico

é precisamente a colocação do Ministro Barroso que, entre outras alegações, utiliza a proporcionalidade como condução de seu voto.

Barroso estrutura sua exposição em três partes, sendo a segunda a que mais nos interessa aqui. A primeira colocação, nessa parte, já enseja uma perspectiva de incorporação dos direitos fundamentais a uma ordem de valores praticamente universal de generalização. Sob esse viés, sustenta a diferenciação entre regras e princípios proposta pela teoria alexyana para oportunizar a aplicação do “princípio instrumental da proporcionalidade”.

Vejamos:

[...] Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas.

Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

20. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*. [...] (STF, HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016., 2016)

Uma das problemáticas enfrentadas pelos não partidários da teoria principiológica de Alexy, é justamente submeter sua proposição à crítica. O potencial de refutação não existe quando uma proposta pode tudo explicar e integrar ao raciocínio pretendido. Poscher (POSCHER, 2003, apud MARTINS, p. 77)³⁴ atentou

³⁴ MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado constitucional. 2012, São Paulo.

para esse fato ao mencionar que nessa teorização qualquer coisa pode ser compreendida principiologicamente e, portanto, não passar por um crivo objetivo de descrição.

Nos parágrafos apresentados do voto do Ministro, é possível perceber exatamente a orientação pela qual os aspectos importantes da decisão estão sendo levados e, conseqüentemente, absorvidos. Uma colocação atraente e sedutora, no entanto, com um vício perigoso para a interpretação jurídica, que é transferida para a ponderação do que é concebido como valor e princípio. É a abertura necessária para conduzir as peças-chaves do conteúdo ao lugar que julgar mais conveniente, nesse caso, à conveniência de permitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado como se já não houvesse um peso constitucional sobre a presunção de inocência.

Sobre a ponderação continua o magistrado:

[...] Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

[...] Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. [...] (STF, 2016)

Ao aplicar a proporcionalidade consoante as etapas propostas por Alexy, Barroso incorpora à ponderação, ou à proporcionalidade em sentido estrito, a responsabilidade da prova. A análise do caso concreto então, migra do foco da previsão constitucional da presunção de inocência para um foco valorativo criado a partir de um interesse, abrindo margem para elucidações morais sobre justiça, sobre o que é “melhor” diante da avaliação da realidade. Nesse sentido, visualizamos a pontuação feita em tópico anterior acerca da expectativa gerada pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito como capacitado a conter toda a análise do problema jurídico, sem nenhum parâmetro objetivo de segurança.

A indagação que remanesce é o motivo pelo qual se retira da competência do legislador a decisão de observação obrigatória da presunção de inocência expressa no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira, em prol de uma apreciação de “meio e fim” realizada sem qualquer critério objetivo pelo magistrado. Nesse caso, a efetividade do sistema penal, atrelado ao fato de que a condenação do acusado fora mantida em segundo grau, são colocados como suficientes à garantia da segurança jurídica, mais do que isso, à certeza de que o réu é culpado, e significa uma escolha política que desconsidera o peso constitucional já existente e cria novos pesos a partir de elementos contidos na concretude do litígio.

Conclusão alcançada pelo Ministro:

[...] Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais. [...] (STF, 2016)

Definir a culpabilidade do acusado tendo como base a condenação em segundo grau é inadmissível. Tal coisa nem deveria ser cogitada na motivação da decisão do magistrado. Supor culpabilidade não o faz culpado, porque não existe equiparação entre a condenação de segundo grau e o trânsito em julgado, aquela não suplanta essa. Que parâmetro assertivo é esse que se orienta por acepções factíveis escancaradamente impróprias e não por critérios normativos? Seguindo o raciocínio

do Ministro, sendo a condenação em segundo grau isenta de incerteza sobre a culpabilidade e a efetividade do sistema penal a razão pela menor valoração à presunção de inocência, qual a justificativa para a realização de uma ponderação entre princípios? Apenas para se apresentar como pretexto principiológico de promoção daquilo que o julgador confere mais importância.

Considerando que a ponderação se aplique no HC demonstrado e que realmente estamos lidando com uma relação conflituosa entre princípios, seria possível então realizar o raciocínio contrário, isto é, já que a presunção de inocência pode ser colocada nesse molde interpretativo, outro magistrado poderia sopesá-la e compreender que, embora exista ratificação da condenação em segundo grau, a presunção ainda se mostra com “peso” maior e, portanto, deve ser observada. É exatamente nessa possibilidade de reversão da hipótese que a capacidade de refutação da teoria se extingue e sua deficiência vem à tona, porque qualquer ponderação pode ser explicada quando se defende essa vertente principiológica de existência de colisão.

A segunda aplicação a ser abordada é uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 855-2, tratada por Leonardo Martins em seu livro *Liberdade e Estado Constitucional*³⁵, cuja aferição evidencia justamente essa falta de potencial de submissão à crítica. A ação constitui uma declaração de inconstitucionalidade em face de lei estadual que obrigava empresas revendedoras de gás pesarem o botijão vendido na presença do consumidor. O que se almejava era a regularidade do peso líquido do gás e eventuais descontos ao consumidor e revendedor caso houvesse sobra do produto.

Visto isso, o autor mostra como a leitura principiológica dessa circunstância se apresentaria. De início, já enfatiza que a solução seria pelo caminho do cumprimento dos mandamentos de otimização que se sustentam na ótica de colisão de princípios, em comento, o direito do consumidor e a liberdade empresarial.

A configuração principiológica apresentada por ele é a seguinte:

(K) Se o direito do consumidor (Princípio P1) prevalece sobre a liberdade empresarial (Princípio P2) sob a condição da posição vulnerável do consumidor que não tem como controlar o peso do produto que compra: (P1 P2) C, e se resultar do direito do consumidor (P1) dada a circunstância C da

³⁵ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional*. 2012, São Paulo. Cap. 3, p. 78.

posição vulnerável do consumidor a consequência jurídica R (lei examinada é constitucional), então tem vigência uma regra que contém C como substrato fático (tipo) e R como consequência: C->R.

Em outras palavras, o fato do consumidor não ter o controle da pesagem do produto, permite que o princípio da defesa do consumidor prevaleça sobre o princípio da liberdade empresarial. Isso constitui o substrato fático de uma regra e expressa a consequência do princípio que prevalece, qual seja do consumidor, sendo a ação, assim, constitucional. A questão é: essa configuração exclui o raciocínio de prevalência da liberdade empresarial ao considerar, por exemplo, dificuldades de pesagem do botijão com aparelhos que requereriam constantes avarias? Não. Essa indagação foi versada pelo autor que chama atenção para a ocorrência de que essa fundamentação com base na ponderação desprende o direito do processo legislativo.

A argumentação de “menor ou maior peso” conforme a concretude do problema só demonstra como conclusões distintas podem ser formuladas sob o subterfúgio da contingência. Apesar da vantagem da proposição Alexyana se fazer na necessidade de observação dos elementos contidos na situação concreta, elevar a circunstância concreta a substrato fático não resolve o problema com objetividade e clareza, apenas aponta uma escolha política ou moral por parte do magistrado, que ultrapassa o limite funcional da separação de poderes.³⁶

Analisada com essas delimitações, a proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, reclama uma fundamentação realmente convincente. Sua estruturação sob a égide de uma racionalização de valores que recai em problemas metodológicos que se distanciam, justamente, da racionalidade jurídica, somente enseja abertura estratégica para argumentações astuciosas que solucionam absolutamente nada. O fomento pela sua utilização implica seriamente na desvinculação da proporcionalidade tal como originalmente proposta e, portanto, a incorpora nessa sistemática valorativa

³⁶ Outro exemplo concreto elucida a opção clara do intérprete fomentada pela ponderação: Em análise à legalidade da divulgação na internet de lista nominal com os salários dos auditores fiscais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Mandado de Segurança n. 2012.00.2.015310-0, Des. Rel. Mário Machado) determinou que, entre o princípio da intimidade e o do direito à informação, o primeiro deveria prevalecer. Assim, fora ordenado que os contracheques dispostos em tal veiculação fossem imediatamente retirados. Isso demonstra uma escolha por um princípio, imbuída de razões definidas pelo aplicador, diante de uma situação fática que, aparentemente, configura uma colisão. Abordado em: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito – 1ª edição. Item 4.5.

de modo completamente distante da sua natureza como critério de verificação de intervenção estatal.

Como notado, a teoria dos princípios de Alexy vincula a argumentação jurídica, de modo que correlativamente exista uma preocupação com o conteúdo da argumentação utilizada na fundamentação da decisão judicial. Outro exemplo de aplicação da proporcionalidade, notado por Rafael Giorgio Dalla Barba em sua tese de mestrado³⁷, se mostra efetivo na demonstração dessa vinculação e da problemática levantada até aqui. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 608.482, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 07 de agosto de 2014.³⁸

Em síntese, o Estado do Rio Grande do Norte interpôs o referido recurso em face de acórdão que confirmou a sentença do juízo de primeiro grau, cujo resultado culminou na procedência do pedido principal da autora que, à época, pleiteava anular ato administrativo que a desclassificava de concurso público para carreira de Agente da Polícia Civil. Aparentemente, o motivo teria sido a eliminação da candidata em exame físico, na terceira etapa do concurso, por não ter executado três abdominais corretamente, embora tenha realizado um total de vinte e dois abdominais, isto é, dois a mais do exigido.

Nesse sentido, a autora ajuizou ação ordinária contra o Estado e obteve êxito em seu pedido liminar para autorizá-la a participar da quarta etapa do concurso, considerando, portanto, completada a terceira. Ao final, o juízo confirmou o pedido liminar julgando procedente a ação ordinária. O Estado do Rio Grande do Norte apelou alegando violação ao princípio da isonomia e descumprimento às disposições do edital, sob a argumentação de inexistência de documentação que comprovava os fatos da inicial. A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, porém, entendeu que, apesar de não constar nos autos tal demonstração, a recorrida fazia jus ao cargo pela aplicação da Teoria do Fato Consumado, já que, à época, exercera o cargo há mais de sete anos.

Questionando o recurso do Tribunal, o apelante interpôs Recurso Extraordinário com o apontamento de ofensa aos artigos 5º, caput, e II, e 37, caput, I e II, da Constituição Federal. Por maioria de seus membros, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, sendo vencido o entendimento de Luís Roberto

³⁷DALLA, Barba. Rafael Giorgio. A (in) transparência dos direitos fundamentais: das origens ao limite da teoria discursiva em Robert Alexy. Tese de Mestrado em Direito. São Leopoldo. 2017. Item 4.1.

³⁸ STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482. RIO GRANDE DO NORTE. Relator: Ministro Teori Zavascki. 2014.

Barroso e Luís Fux, que votaram pela reforma da decisão e improcedência do pedido principal da ação. Dos argumentos dispostos, dois merecem atenção por uma peculiaridade importante: o voto do Ministro relator Teori Zavascki e o voto do Ministro Barroso.

O Min. Zavascki se pautou na matriz da teoria de Alexy, de modo que, para o relator, o caso enseja o conflito de dois valores incompatíveis e, assim, passíveis de sopesamento. De um lado, o interesse individual da candidata em manter o cargo público, exercido, por força de liminar, há mais de sete anos, e, de outro lado, o interesse público do cumprimento ao artigo 37, II, da Carta. A premissa de que existe tal colisão gerou, então, a conclusão do balanceamento que, realizado diante da análise do caso concreto, restou positivo para a candidata, isto é, o interesse individual teria, para o Ministro, maior peso.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso divergiu, embora também sob embasamento da teoria de Alexy. Para Barroso, a lide não se limita ao confronto entre o interesse público e o interesse privado, de maneira a serem observados três fatores cruciais como parâmetro de realização da ponderação, quais sejam, a permanência do cargo por mais de cinco anos, a tese jurídica que justificou a investidura, bem como a ausência de conduta pessoal procrastinatória e a decisão de mérito proferida em segunda instância. Isso significa que, apesar do Ministro reconhecer o sopesamento entre os valores colocados pelo relator, indica outras questões consistentes para que a ponderação se efetue.

Ambos os votos demonstram a problemática da proporcionalidade em sentido estrito evidenciada ao longo da pesquisa. Antes dos apontamentos, é preciso colocar que o teórico Alexy não fora citado em nenhum dos votos dispostos no Recurso Extraordinário, mas, sua estrutura básica de raciocínio acerca da ponderação é claramente percebida. À vista disso, particularmente, esse caso envolve uma pontuação curiosa sobre a conclusão de que a ponderação é necessária, porém casuisticamente diferenciada em seu resultado. Ao observarmos as argumentações, nota-se que os Ministros concluíram a existência de uma colisão e, portanto, a imprescindibilidade do sopesamento, entretanto, obtiveram respostas, do mesmo caso analisado, substancialmente diferentes, uma vez que o Ministro Barroso votou pela improcedência do pedido principal da ação ordinária.

Novamente, tem-se demonstrado a insustentabilidade metodológica da proporcionalidade como método de resolução de conflitos entre princípios. Mesmo

não seguindo os critérios de sopesamento apresentados por Alexy, os votos, apenas pautados na ideia básica da ponderação, findaram sem respaldo jurídico seguro para a determinação da situação concreta em comento. Isso reforça a ausência de racionalidade e previsibilidade mínima que oportuniza resultados conforme a escolha do intérprete e sua análise mediante os elementos fáticos do caso e, mais, reforça a vinculação da argumentação, notadamente repleta de discursos morais, para com a teoria dos princípios. Além disso, remanesce uma indagação absolutamente pertinente formulada pelo Rafael em sua tese. Tendo em vista as duas posições apontadas, qual delas seria de fato legítima e mais sólida?

Restou apreendido neste capítulo que ao se conduzir a proporcionalidade pelo caminho de resolução de uma aparente colisão, uma diferenciação do sistema jurídico, que leva ao judiciário discussões que não pertencem ao seu campo funcional, fora causada. É preciso reiterar que as amarras que prendem o judiciário não são as mesmas que prendem o legislativo, exatamente pelo fato de integrarem, cada um, uma integridade própria. No segundo capítulo, discorreremos sobre a necessidade de reconhecimento da existência de pluralidades, sobre as quais jamais alcançaremos uma concordância comum, para logo identificarmos que esse é o ponto de partida indispensável para o entendimento dessa limitação inevitável que a legislação possui.

Limitação que não permite, no entanto, a desconsideração de sua ordem normativa por mecanismos estratégicos de flexibilização que concedem ao magistrado maior liberdade para alterar compromissos constitucionais por meio de argumentações sem qualquer estrutura metodológica objetiva. Nesse sentido, Waldron é enfático ao assinalar sobre a separação qualitativa dos poderes e a articulação de governança, de modo a liga-los intrinsecamente ao devido processo, a fim de clarificar a diferença entre legislar, promover decisão judicial e governar. O Estado de Direito clama pela responsabilidade de atuação dos poderes conforme as delimitações institucionais designadas a cada um deles.

Essa consideração fundamental nos ajuda a elucidar que, no Brasil, é competência do legislador valorar mais ou menos determinado valor, não sendo passível admitir que o julgador valora de maneira distinta na aplicação. Isso não retira da proporcionalidade, devidamente caracterizada como critério de regulação de intervenção do Estado nos direitos fundamentais, sua importância e, tampouco, sua fundamentação normativa. O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, vincula diretamente o legislador aos direitos fundamentais ao preconizar a observância

obrigatória dos mesmos na limitação que deve ser estritamente necessária, de modo que a ideia do “proporcional” se perfaça aí.

Não compete ao magistrado balancear valores ou transformar a proporcionalidade em mecanismo de generalização para integrar esse ou aquele princípio conforme as circunstâncias do caso concreto. Ao ponderar, além de não se valer de critérios objetivos e claros para a resolução do problema jurídico por ele enfrentado e generalizar o conteúdo dos direitos fundamentais, viola a separação de poderes do Estado, porque incumbe para si uma tarefa que pertence ao legislador.

4.2 Aplicação da proporcionalidade como critério de regulação de intervenção do Estado nos direitos fundamentais

A grande dispersão existente entre a proporcionalidade fundamentada pelo dispositivo 5º, § 1º, da Constituição Federal, e a proporcionalidade elevada a uma instrumentalização pela qual o aplicador detém liberdade para valorar direitos fundamentais, condiciona o sistema jurídico a uma imprecisão e violação de função que, notadamente, poderia ser evitada se tal aplicação assim não se fizesse.

Tendo isso em vista, este último tópico tem o escopo de demonstrar mais detalhadamente o exame da proporcionalidade entendida como critério de contenção do poder estatal sobre os direitos fundamentais, que não enseja uma ponderação abstrata de valores. Para isso, a abordagem se valerá de uma apresentação concisa de quatro passos pontuados pelos autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³⁹, que são os pilares do referido instituto.

O primeiro deles é a licitude do propósito perseguido. Trata-se da avaliação do que justifica constitucionalmente a lei ou ato normativo que limita o direito fundamental, de modo que o que importa aqui não é o caráter legal ou legítimo do fim, mas a licitude. Isso significa que a licitude do ato ou dispositivo legal depende do não desacordo com nenhuma norma constitucional e, claro, da atenção ao propósito almejado que precisa ser ao máximo determinado para uma abstração menos genérica e mais objetiva.

O segundo passo se constitui na avaliação da licitude do meio (intervenção) utilizado, isto é, diferentemente do propósito perseguido, cujo fim é avaliado, nesse

³⁹ DIMOULIS, DIMITRI, MARTINS, LEONARDO. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2008, cap. 10.

caso a observação é sobre o meio empregado na medida em que não pode ser reprovado pela ordem constitucional. Na perquirição do fim buscado pelo Estado, o meio pelo qual se dispôr também precisa ser lícito. Uma constatação óbvia que precisa ser reiterada e clarificada no exame que incorpora a proporcionalidade a responsabilidade da contenção dos abusos.

O terceiro passo, seguindo o raciocínio de meio e fim, se compõe na avaliação da relação entre ambos, na adequação do meio utilizado. Um meio adequado seria, nesse sentido, aquele com respaldo empírico entre, conforme afirmado pelos autores, “o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado”. No plano supositício, o meio adequado deve levar a conquista do fim.

É importante mencionar que a razoabilidade é absorvida pela adequação da medida, uma vez que uma medida que não seja razoável, não é adequada e, mesmo que razoável, pode não ser considerada adequada. Além disso, se existir dúvida acerca da adequação, compete ao legislador decidir e o poder judiciário acolher tal decisão, a menos que processualmente não seja comprovada a inadequação.

O quarto e último passo avalia a necessidade do meio utilizado pelo Estado, a fim de analisar se existe outro meio a ser empregado que seja menos gravoso para o titular do direito e que tenha eficácia parecida ao escolhido pela autoridade estatal. Portanto, por intermédio desse crivo avaliativo, a proporcionalidade do propósito é investigada, de modo a determinar o meio menos oneroso para o direito fundamental como devidamente proporcional, mesmo que tenha sido considerado adequado pelo crivo da adequação.

A avaliação da necessidade contempla duas questões: a identificação dos meios adequados e a comparação dos meios adequados. A primeira diz respeito a importância da pesquisa e descrição da inferência que o meio adequado pode causar, observando historicidade, material empírico e discussões sobre o mesmo. A segunda questão envolve o estudo sobre os meios para a determinação daquele que for mais gravoso e menos adequado, considerando ainda a implicância do grau de custo para o Estado.

A intensidade, porém, é a medida substancial para a aferição da necessidade. O controle de constitucionalidade é um exemplo sobre o qual o meio da necessidade integra dinamismo por intermédio da verificação da intensidade da intervenção. No controle de constitucionalidade concreto, a intensidade pode ser aferida pelas

declarações das partes e pela petição inicial. No controle de constitucionalidade abstrato, a intensidade se afere a partir de avaliações pautadas em dados empíricos. No direito ambiental, por exemplo, algumas decisões judiciais declaram inadequadas medidas antes declaradas constitucionais, com fundamentos na ciência.

Um exemplo acerca dessa medida de intensidade é colocado pelos autores. Determinada rodovia que tenha um limite de velocidade fixado em 120 km/h, com o objetivo de diminuição de acidentes, representa uma medida menos intensa para os indivíduos que detém o direito de ir e vir comparada à limitação de velocidade em 100 km/h. Assim, supondo que a primeira medida fosse empiricamente comprovada como capaz de prevenir a mesma quantidade de acidentes que a segunda medida, essa última seria considerada mais intensa, desproporcional e inconstitucional.

Há quem afirme que o último passo se apresenta, nas entrelinhas, como uma espécie de ponderação. Ocorre que, embora não possamos ignorar os problemas que impreterivelmente surgem conforme se avança no exame, correlacionar a ponderação a proporcionalidade como critério de regulação da intervenção do Estado, é novamente retirar a racionalidade presente de um critério que tem sua atenção voltada para a medida estatal e transferir o poder de regulamentação do avaliador constitucional para o julgador, que, como já visto anteriormente, não possui essa prerrogativa.

Voltemos ao caso do botijão de gás: diferentemente da abordagem principiológica, a abordagem clássica da teoria dos direitos fundamentais consideraria a contenda como intervenção legislativa no direito ao livre comércio das empresas, que objetiva garantir um direito do consumidor. É nesse ponto que a proporcionalidade entraria, como regulador da licitude da intervenção e do propósito da medida. Observando os quatro passos mencionados, quais sejam, a licitude do propósito perseguido, a licitude do meio utilizado, a adequação desse meio e sua necessidade, restaríamos preocupados com a constitucionalidade do propósito ao qual a intervenção serviu e não com a otimização dos princípios para fim de sopesamento.

Uma outra questão poderia ser analisada. O simples fato de já existir o controle de peso por amostragem, realizado pelo Poder Público, demonstraria que o critério da necessidade não se configura na forma de pesagem do botijão através de balança específica, em razão da existência de medida de pesagem que é adequada e possui menos acentuação de intervenção no direito fundamental. Assim, através de uma verificação proporcional, a pesagem individual findaria desnecessária e inadequada.

5 CONCLUSÃO

[...] Essa é a lógica da legislação. Não é uma lógica com a qual seja fácil viver, pois ela acarreta que, por boa parte do tempo, estaremos envolvidos – ou, pelo menos, teremos nosso nome associado a isso – no compartilhamento e na implementação de uma opinião sobre a justiça que não é a nossa [...] (WALDRON, 2003, p. 111)⁴⁰

Construímos uma sensação de conforto com instituições que disfarçam a sua legislação. Lidar com o desafio da pluralidade e do dissenso é muito mais trabalhoso que engendrar mecanismos de flexibilização de interpretação dos compromissos democráticos. Reconhecer a autoridade das disposições normativas em meio à complexa realidade social, exige a assimilação de que a legislação falhará, sobretudo em casos difíceis, porque desafiará os elementos substanciais dos quais o Estado de Direito depende.

Moralmente, cada um de nós provavelmente tem a capacidade de elaborar soluções promissoras para as problemáticas da concretude, certamente com a possibilidade de serem melhores que as previstas normativamente. Mas, não à toa, o Estado necessita dos aspectos da positividade e da sistematicidade, do processo majoritário e da dignidade conferida à legislação. Todos eles integram em sua estruturação, o desafio de alcançar as proposições individuais do coletivo e, ao mesmo tempo, a possibilidade de considerar essas perspectivas através da essencialidade de uma organização verdadeiramente democrática.

O neoconstitucionalismo realiza o reverso. Ao permitir a abertura interpretativa e ensejar a relativização de disposições, por parte dos magistrados, por meio de vieses principiológicos, retira do Estado de Direito os elementos substanciais a sua consolidação como tal. Embora não possamos afirmar que os homens da assembleia legislativa gozam de maiores aptidões morais, em contexto de democracia, conceder poder aos representantes pelos quais o povo obteve, indiretamente, participação na escolha, significa observar a virtude existente na separação funcional dos poderes.

Partidários da corrente neoconstitucionalista defendem o protagonismo de um ordenamento valorativo íntegro à captação da justiça e da moralidade e, com isso, defendem o protagonismo do Poder Judiciário. A instrumentalização do processo

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. 2003. São Paulo.

judicial, sua objetificação para fins de transformação social e a própria interpretação progressista de princípios constitucionais como forma de conquistar algum tipo de projeção social, apenas fomentam oportunidades de enveredar o sistema jurídico pelo caminho da imprecisão e inconsistência, onde qualquer coisa pode ser explicada e justificada, já que os parâmetros objetivos de controle findam suplantados pelos parâmetros criados pelo subjetivismo.

A proporcionalidade, como critério de resolução de conflitos entre princípios, se revelou como mais um instrumento do protagonismo do Poder Judiciário. A originalidade da técnica surgida na Alemanha, modificada primeiro pela teoria axiológica e, posteriormente, pela teoria principiológica de Robert Alexy, na tentativa de racionalizar a abstração proposta pela primeira teoria, findou-se esquecida pela maioria das doutrinas brasileiras que adotam o instituto como uma ideia de sopesamento de valores, de direitos fundamentais. Sopesamento dependente da escolha do intérprete.

Como demonstrado em capítulo de aplicação da proporcionalidade sob esse molde, isto é, a proporcionalidade em sentido estrito, é extremamente difícil submeter a proposição versada por Alexy à crítica. Pela ausência de rigor metodológico quanto aos limites de sua execução e quanto ao seu resultado extremamente controverso, a racionalidade e a capacidade de comparação entre os direitos fundamentais envolvidos restam completamente comprometidos. A sujeição da ponderação aos elementos encontrados no caso concreto é a grande vantagem dessa versão, mas também é um dos motivos pelos quais, ao passar por um crivo de observação objetivo, se perde.

Grandes expectativas são colocadas sobre a proporcionalidade como modo de resolução de colisão entre direitos, uma imperiosa parte da decisão jurídica é submetida a esse teste como sendo a prova assertiva e “justa” que o julgador deve analisar ao decidir. A questão é que o próprio magistrado realiza o balanceamento e, portanto, afere de suas impressões relativas ao litígio e ao que ele considera acerca da valoração de determinado direito fundamental. Não se trata somente da subjetividade envolvida em julgamento que constitucionalmente necessita ser imparcial, se trata da usurpação da função que cabe estritamente ao legislador.

O valor conferido a qualquer que seja o direito fundamental é competência exclusiva do detentor do poder de legislar. Entendimento diferente a esse respeito vai manifestamente de encontro ao preconizado pela Constituição Federal brasileira em

seu artigo 5º, § 1º, que expressa a vinculação do legislador à observância obrigatória dos direitos fundamentais. É fundamento dogmático de séria relevância para a apreensão da autoridade normativa e da dignidade da legislação. Autoridades que utilizam do mecanismo da ponderação para fundamentação de decisões, além de, como visto, não resolverem efetivamente o problema concreto, instigam discursos promovedores de idealizações não compatíveis com a ordem constitucional democrática. O Poder Judiciário não possui o direito de balancear valores, nem a doutrina.

Nesse seguimento, a proporcionalidade em sentido estrito é claramente uma violação a separação de poderes do Estado. O juiz quando pondera, chama ao Judiciário aspectos competentes ao Legislativo, que, inclusive, não possui as mesmas amarras funcionais que aquele. O momento de discussão sobre justiça ou moral é anterior ao processo judicial e o seu lugar é dentro do processo majoritário, imbuído de prerrogativas constitucionais para realizar projeções políticas. Assim, a ponderação não pode ser elemento da proporcionalidade porque substitui a decisão política do legislador pela decisão do julgador.

Diferentemente se apresenta a proporcionalidade como critério de regulação da intervenção estatal sobre direitos fundamentais. Devidamente fundamentada na constituição e envolta por exames objetivos de aplicação, sua pauta compete à análise de problemas de constitucionalidade de atos do Estado que impactam nos referidos valores. Não temos, nesse critério visto como regulador e atuado apenas pelo legislador, uma abstração e generalização que tornam imprecisos os conceitos e fundamentações dos direitos fundamentais como faz a ponderação. A proporcionalidade aqui é apreendida como regra para reveses em relação a fixação de direitos fundamentais.

Embora a proporcionalidade, como regulamentadora da intervenção estatal, integre adversidades em razão da complexidade existente e inegável do sistema jurídico como um todo, é estruturada e constitucionalmente prevista. Obedece a subcritérios que avaliam o propósito e sua adequação através de procedimento que cumpre, sobretudo, a limitação funcional de poderes. Por esse motivo, é imprescindível reconhecermos os desafios inerentes à legislatura, principalmente para não recairmos em argumentações baseadas em ferramentas que transformam critérios constitucionais sérios em “engenhocas” de criação de poder.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2019. São Paulo.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. 2001.
- DALLA, Barba. Rafael Giorgio. A (in) transparência dos direitos fundamentais: das origens ao limite da teoria discursiva em Robert Alexy. Tese de Mestrado em Direito. São Leopoldo. 2017. Item 4.1.
- DIMOULIS, DIMITRI, MARTINS, LEONARDO. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2008. São Paulo.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 1ª Ed. 2014. São Paulo.
- JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. 2020. São Paulo.
- LAURENTIIS, Lucas Catib De. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: Origem, Modelos e Reconstrução Dogmática**. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo. 2015.
- MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional**. 2012, São Paulo.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14a. Ed. São Paulo, 2019.
- PORTO MACEDO JUNIOR, R, REINALDO DE LIMA LOPES, J. **Crítica da Ponderação**. São Paulo, 2002.
- POSCHER, Rauf. **Acertos, Erros e equívocos de autocompreensão da Teoria dos Princípios**. 2015.
- RAMOS, Elival Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª Ed. 2015. São Paulo.
- STF, HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Relator: Ministro Teori Zavascki. 2016.
- STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 477.554 MINAS GERAIS. Relator: Ministro Celso de Mello. 2011.

STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.482. RIO GRANDE DO NORTE. Relator: Ministro Teori Zavascki. 2014.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei. Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo.** 2ª Ed. 2019. Belo Horizonte.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** 2003. São Paulo.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory.** 2016. London.