O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

SILVA, Larissa Evelyn da

Aluna do 6º período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Varginha

Profª orientadora: Vânia Mª B. G. Pinto Coelho

Resumo: Trata-se o presente feito de uma breve análise acerca das divergências entre regras e princípios sob a ótica de Alexy, bem como no que tange ao princípio da proporcionalidade e suas máximas parciais, precedida de sua aplicação do Brasil.

Palavras-chave: principio da proporcionalidade. Subprincípios. Regras. Princípios.

A Constituição contém um sistema aberto de princípios e regras e é a fonte de validade de todas as normas

Regras e princípios

Antes de adentrarmos no princípio da proporcionalidade, fundamental distinguir regras de princípios, ambas espécies de norma.

Sob a ótica de Alexy, as regras seguem a lógica do tudo ou nada. Logo, se uma regra é válida, deve-se cumprir exatamente o que nela se determina. Na hipótese de conflito entre regras, deve-se considerar duas soluções, quais sejam, a introdução de uma cláusula de exceção que eliminará o conflito ou a declaração de invalidade de uma das regras. Logo, uma decisão sobre conflito de regras é uma decisão acerca da validade.

No que tange aos princípios, estes devem ser compreendidos como mandamentos de otimização, ou seja, “é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto” (Alexy, p. 75).

Dessa forma, diante de uma colisão entre princípios, não se analisará a sua validade, mas, sim, o seu peso diante do caso concreto através da Lei da Ponderação, na qual “quanto mais grave é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem” (Alexy, 1993).

Portanto, caso haja a colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, haverá a prevalência de um em detrimento do outro. Logo, o mecanismo utilizado para solucionar estes conflitos é a utlização do princípio da proporcionalidade.

O PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, melhor sedimentado na Alemanha do pós-guerra, sempre esteve associado ao conflito envolvendo direitos fundamentais e, na sua forma majoritariamente aceita, apresenta-se como uma estrutura única, com base em seus três sub-princípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes possuem um caráter subsidiário, visto que a não observância de quaisquer dos sub-princípios prejudicaria a aplicação dos demais.

Nesse sentido, Silva, citado por Leonardo de Araujo Ferraz, afirma que:

> **[...]** Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca da sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (FERRAZ, 2002, p.86).

Dessa forma, é necessária a pressuposição de uma relação entre o meio e o fim. Portanto, pertinente é a análise mais apurada dos subprincípios mencionados.

ADEQUAÇÃO

Também denominado subprincípio da idoneidade, preconiza que “toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente será idônea quando alcançar o fim pretendido.

Nessa linha, o subprincipio da adequação é somente um teste de compatibilidade entre o meio (medida) e o fim (objetivo).

NECESSIDADE

A aplicação desse subprincípio visa realizar uma comparação entre a medida (meio) adotada e outros meios alternativos, a fim de que se possa escolher aquela que menos restrinja de forma danosa os direitos fundamentais em colisão.

Nesse ponto, importante se faz exemplificar o alcance dos referidos subprincipios. Conforme Leonardo de Araujo Ferraz:

> [...] Imaginemos uma comunidade indígena situada em uma pequena ilha e desprovida de qualquer posto de saúde apto a atender as necessidades da população. O posto mais próximo situava-se em um pequeno distrito localizado na outra margem do rio que separava a comunidade. A largura do rio era significativa e para além disso, existiam relatos da presença de jacarés, cobras, além de uma correnteza nada desprezível. Nesse cenário, um jovem pai da comunidade indígena procurou o cacique para solicitar-lhe que fosse dispensado do plantio da lavoura de subsistência juntamente com os demais membros, haja vista sua pequena filha estar doente e necessitar de cuidados médicos. Para tanto, tendo em vista a urgência do atendimento e seus excelentes conhecimentos de natação e da região, solicitou ao cacique autorização para transpor o rio a nado, carregando a filha, pois o julgava poder atingir a outra margem de forma mais rápida e eficiente. O cacique, depois de meditar, deu-lhe a seguinte resposta: "Caro jovem, o fim que você se refere é legitimo, pois trata-se de um caso de saúde de sua família e, portanto, você está dispensado do plantio da lavoura. Ademais, o meio a que você se propõe a atingir este fim pode ser considerado idôneo ou adequado, pois com suas habilidades certamente você atingirá a outra margem do rio. Mas eu lhe pergunto, meu caro jovem, não existira outros meios menos gravosos (perigosos) para se fazer a travessia? Será, por exemplo, que o deslocamento de uma de nossas canoas não se prestaria a ajudá-lo a transpor o rio com maior comodidade e segurança para você e sua filha? Portanto, o meio utilizado para transpor o rio, não obstante ser adequado, não ultrapassa o teste da necessidade, pois vislumbra-se a existência de outro meio, no caso, a

> utilização da canoa, que se presta a atingir esse fim de forma menos gravosa [...].

PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Nesse sentido aduz Guerra Filho:

> [...] ser compreendido com o princípio da 'justa medida', pois ao concluir-se a adequação e a necessidade da medida interventiva do Poder Público para chegar a certa finalidade, ainda assim é necessário questionar-se quanto ao resultado, melhor dizer, proveito, a ser obtido com a intervenção. Estabelece esse princípio, que na relação meio-fim haja uma harmonia plausível, coerente.

Ou seja, trata-se de uma verificação do custo-benefício da medida adotada.

Insta salientar que, enquanto os sub-princípios da adequação e necessidade expressam mandamento de otimização relativamente as possibilidades fáticas, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado sub-princípio da ponderação, expressa às possibilidades jurídicas.

PROPORCIONALIDADE NO BRASIL

Apesar da concordância no que diz respeito a existência da noção de proporcionalidade em nossa Constituição, fato é que não há previsão explícita.

A partir deste ponto, instauram-se as divergências, visto que autores como Gilmar Mendes compreende o princípio como uma projeção do devido processo legal. Suzana de Toledo Barros (2003) afirma que a proporcionalidade, como norma, é decorrente do Estado da democrático de Direito.

Contudo, interessante opinião é a de Guerra Filho, no sentido de que o princípio da proporcionalidade pode ser derivado do § 2ª, art. 5ª

da CF/88, o qual preceitua que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros do regime dos princípios por ela adotados [...].

Assim sendo, o referido princípio é um verdadeiro axioma do Direito Constitucional (Bonavides, 2006).

Contudo, toda essa divergência acerca do princípio se dá exatamente pela falta de clareza conceitual e terminológica que envolve a proporcionalidade. De forma diferente não seria a sua aplicação na prática, pois considerando toda essa miscelânea de entendimentos, muito comum não haver qualquer menção aos seus subprincípios na maioria dos julgados e, muitas vezes, associa-se ao princípio do devido processo legal e da razoabilidade, sendo tratado como forma de afastar alguma conduta abusiva, sem a aplicação de seu caráter sistemático.

Grande parte da doutrina brasileira, como informa instrumento de ponderação, feito à luz do casoprincipio servirá como Leonardo de Araujo Ferraz, aponta o RE 18331/SP de 21 de setembro de 1951, como marco da introdução do princípio no Brasil. Contudo, a decisão apenas se limitou a fazer referência à necessidade de coibir o abuso do legislador.

Contudo, em alguns casos, há a constatação do princípio da proporcionalidade de forma estruturada, tal como preconizada por Alexy, fazendo menção às suas máximas parciais, como por exemplo, no julgamento do RE 413.882/SC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato é que o principio da proporcionalidade sempre esteve indelevelmente associado aos conflitos envolvendo os direitos fundamentais, tendo-se por base que estes não são absolutos. Logo, na ocorrência de colisão entre os mesmos, o referido principio servirá como instrumento de ponderação, feito à luz do caso concreto.

Por fim, urge salientar que apesar de muito se fazer menção ao principio da proporcionalidade em julgados no Brasil, poucos são os que realmente respeitam os seus sub principios, pois se utiliza apenas como um controle de abusos de legislados, ignorando-se, assim.