

RELEVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

THE RELEVANCE OF PROPORTIONALITY IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Ana Thereza Meireles Araújo²
Tatiane Gomes da Silva Santos³

RESUMO: O artigo propõe uma análise acerca da relevância da proporcionalidade na proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, faz-se necessário estudar a sua natureza jurídica, bem como elucidar a diferença existente entre a proporcionalidade e razoabilidade. Também serão examinados o conceito, a aplicação, o fundamento jurídico e os elementos da sobredita regra. Realiza-se, então, uma pesquisa hipotético-dedutiva. Diante disso, verifica-se que a aplicação da proporcionalidade, através das suas sub-regras, verdadeiramente propicia a escolha racional de qual direito deve prevalecer no caso concreto, afastando assim medidas que limitem os direitos fundamentais inadequadamente.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Regra. Proteção. Direitos Fundamentais.

¹ Artigo submetido em 03-02-2021 e aprovado em 07-09-2021.

² Pós- Doutoranda em Medicina pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da UFBA. Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), do Mestrado da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e da Faculdade Baiana de Direito. Coordenadora da Pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito. Líder do Grupo de Pesquisa JusBioMed – Direito, Bioética e Medicina. E-mail: anatherezameirelles@gmail.com

³

Mestranda em Direitos Fundamentais e Alteridade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do Grupo de Pesquisa JusBioMed - Direito, Bioética e Medicina. E-mail: tatianeseicho@hotmail.com



ABSTRACT: The article proposes an analysis on the relevance of proportionality in the protection of fundamental rights. For this, it is necessary to study its legal nature and clarify the difference between proportionality and rationality. The concept, application, legal basis and elements of the above rule will also be examined. A hypothetical deductive investigation is then carried out. In view of this, it turns out that the application of proportionality, through its sub-rules, really encourages the rational choice of which right should prevail in the specific case, thus ruling out measures that limit fundamental rights in an excessive way.

Keywords: Proportionality. Rule. Protection. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Com a extensão do catálogo dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988, foi ampliada a quantidade de bens jurídicos tutelados e, como consequência, surgiu um inegável aumento de choques no exercício desses direitos. Por outro lado, também houve uma maior restrição aos direitos fundamentais. Contudo, para que tais restrições sejam constitucionalmente adequadas e não violem essencialmente os direitos fundamentais, faz-se necessário passar pelo crivo da proporcionalidade.

A proporcionalidade é essencial ao ordenamento jurídico brasileiro, por ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, ao pugnar que não lhes ocorram limitações de forma arbitrária. Ela atua como uma guardiã da Magna Carta, fornecendo elementos que possibilitam a análise da constitucionalidade das leis, em uma perspectiva que não se limita ao simples exame lógico-formal das normas.

Ocorre que a proporcionalidade não tem sido tratada pela doutrina e jurisprudência de forma clara e precisa. Ora a classificam como princípio, ora como regra e postulado, bem como utilizam-na como sinônimo de razoabilidade. Então, percebe-se um certo dissenso na abordagem da matéria.

Partindo desse contexto, o presente artigo pretende estudar a proporcionalidade, devido a sua importância no que concerne à proteção dos direitos fundamentais. Inicialmente, será analisada a natureza jurídica da proporcionalidade, aqui entendida



como regra, na esteira da teoria de Robert Alexy, que adota o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica.

Posteriormente, será feito um estudo comparativo para a demonstrar a diferença existente entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Em seguida, serão visitados o conceito, a aplicação e o fundamento jurídico da sobredita regra. Por fim, serão examinados os elementos estruturantes da proporcionalidade.

O principal objetivo deste artigo é demonstrar a importância do reconhecimento da proporcionalidade para a concretização de um Estado Democrático de Direito, desautorizando medidas que restringem de forma excessiva os direitos fundamentais.

Tendo como método principal o dedutivo, a pesquisa terá uma abordagem qualitativa, buscando na relação “realidade e teoria” as respostas ao problema central. Para isso, será utilizada uma pesquisa bibliográfica, que servirá para maior embasamento teórico e científico do tema, bem como serão utilizados livros, sites e artigos que elucidarão o assunto.

2 NATUREZA JURÍDICA DA PROPORCIONALIDADE

No Brasil, não há consenso na doutrina quanto a natureza jurídica da proporcionalidade. Existem autores que a tratam como regra, outros como princípio ou até mesmo como postulado, máxima ou dever.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴, Suzana de Toledo Barros⁵, Paulo Roberto Lyrio Pimenta⁶ e José Joaquim Gomes Canotilho⁷, dentre outros, a consideram como um

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.395-400.

⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2003, p.27

⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p.58.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.417-418.



“princípio”. Em sentido semelhante, Guerra Filho⁸ a tem como o “princípio dos princípios”, por representar a busca por uma “solução de compromisso”, em que, havendo choque entre princípios, dar-se-á preponderância a um deles, sem que o outro seja atingindo em seu núcleo essencial, onde se encontra a dignidade humana, princípio fundamental do Estado Democrático.

Por oportuno, Virgílio Afonso da Silva⁹ entende que o termo “princípio”, em referência a proporcionalidade, não é necessariamente o contraponto de regra jurídica; pelo contrário, o autor afirma que, em função da polissemia inerente ao vocábulo “princípio”, este acaba por conferir uma maior importância à proporcionalidade.

Para Humberto Ávila¹⁰, a proporcionalidade seria um postulado normativo aplicativo, isto é, uma norma que estabelece a estrutura de aplicação dos princípios e das regras; seria assim uma metanorma. Já os doutrinadores Eros Roberto Grau¹¹ e Virgílio Afonso da Silva¹² a consideram como regra, seguindo a distinção entre princípios e regras proposta por Robert Alexy.

No mesmo sentido, o presente estudo entende a proporcionalidade como uma regra. Portanto, faz-se necessário compreender a diferença existente entre regras e princípios, segundo o critério empregado por Robert Alexy¹³.

Sem essa distinção não seria possível uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina razoável sobre colisões, tampouco uma teoria

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Parecer jurídico* proferido em 02 de outubro de 2018, elaborado para Defensoria Pública do Estado de São Paulo nos autos do Processo Judicial nº 1008488-20.2017.8.26.0037, que tramita no TJ de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-defensoria-araraquara-prof.pdf>. Acesso em 05 dez. 2020.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.798, abr. 2002, p.26.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.137-138.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação /aplicação do direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.189.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.798, abr. 2002, p.26.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85



satisfatória sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico¹⁴. Assim, tal distinção possui importância também no que tange à aplicação da proporcionalidade.

Robert Alexy ensina que princípios e regras são espécies de normas jurídicas. “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁵, sendo assim, mandamentos de otimização.

Quando ocorre colisão entre dois princípios distintos, um deles terá de ceder, contudo, isto não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser acrescentado uma cláusula de exceção; revela apenas que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições¹⁶. Mas, sob condições diversas, a questão da precedência pode ser solucionada de modo diferente.

Desta forma, nos casos concretos, os princípios têm pesos distintos, sendo que os princípios com maior peso têm precedência, de modo que a colisão deva ser solucionada por meio de um sopesamento entre os princípios colidentes¹⁷.

Assim, os princípios têm a dimensão do peso, de maneira que, quando há colisão entre eles, um é mantido e o outro é afastado, o que permite a convivência harmônica e simultânea de todos os princípios fundamentais no ordenamento jurídico.

Já “as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”¹⁸. Para solucionar um conflito entre regras faz-se necessário introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou que pelo menos uma das regras seja declarada inválida¹⁹.

Com efeito, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão, visto que ocorrem na

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85

¹⁵ *Ibidem*, p.90

¹⁶ *Ibidem*, p.93.

¹⁷ *Ibidem*, p.95.

¹⁸ *Ibidem*, p.91.

¹⁹ *Ibidem*, p.92.



dimensão do peso. Portanto, “regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes”²⁰.

Logo, verifica-se que a proporcionalidade não tem natureza de princípio, na medida em que ela tem estrutura de uma regra, impondo um dever definitivo, isto é, caso seja aplicada, essa aplicação não está atrelada a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, tendo a sua aplicação feita no todo²¹.

Considerando a classificação de Alexy, a proporcionalidade não pode ser considerada como um princípio, “pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações”²². Nesse sentido, Alexy²³ a classifica como regra, conforme nota de rodapé 84:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesados contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.

Assim, a proporcionalidade é uma regra, que é aplicada por meio de subsunção, e é dessa forma que este trabalho a denomina.

Outro fato curioso cumpre ser discutido. Originariamente, a proporcionalidade costumava ser invocada como forma de repelir os excessos dos poderes estatais e seus possíveis arbítrios. No entanto, na contemporaneidade, ela também se presta a combater as omissões e insuficiências do agir estatal²⁴. Embora essa nova perspectiva ainda seja bastante incipiente, a simples possibilidade de se utilizar a proporcionalidade em fatos

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.798, abr. 2002, p.25.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2.ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p.168.

²² *Idem*. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.798, abr. 2002, p.25.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.117.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002, p.27.



que não se relacionem especificamente a excessos estatais, mas também a inércia governamental, já é suficiente para atribuir à proporcionalidade um leque bem maior de aplicabilidade.

3 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE: PONDERANDO DIFERENÇAS

A razoabilidade e a regra da proporcionalidade são frequentemente utilizadas como sinônimos por uma parte significativa da doutrina e dos tribunais brasileiros. A propósito, percebe-se que a própria jurisprudência do STF os confundem, equiparando-os, assim como alguns trabalhos acadêmicos os empregam de forma indistinta.

No entanto, apesar de terem objetivos semelhantes, na medida em que almejam controlar as atividades legislativas ou executivas, eles não são idênticos, visto que buscam atingir o objetivo por caminho diverso. Assim, a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade no que diz respeito à origem histórica, estrutura e abrangência na aplicação.

Quanto à origem, a proporcionalidade surgiu em decorrência do desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Suzana de Toledo Barros²⁵ aponta que a Constituição alemã de 23 de maio 1949, embora não tenha positivado expressamente a proporcionalidade, representou um marco inaugural da proporcionalidade em âmbito constitucional, ao consagrar o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais em seu artigo 19. Ademais, também a Constituição alemã deixou assente o caráter vinculante desses direitos logo no art.1º.

Prossegue a autora esclarecendo que o Tribunal Constitucional alemão captou a preocupação com os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental, reconhecendo

²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2003, p.48.



a necessidade prática de controlar as limitações legais a esses direitos no que se refere aos três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva²⁶.

Desta forma, percebe-se que a regra da proporcionalidade foi desenvolvida com uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes aplicados em uma ordem pré-estabelecida, o que confere à regra da proporcionalidade a individualidade que a distingue, de forma clara, da simples exigência de razoabilidade²⁷.

Por outro lado, o início e o desenvolvimento da razoabilidade está ligado ao direito norte americano, notadamente ao devido processo legal substancial.

O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual, e uma segunda, de cunho substantivo, que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral²⁸.

Não é raro encontrar na doutrina a informação de que a matriz da razoabilidade remonta à Magna Carta de 1215²⁹. Contudo, Virgílio Afonso da Silva³⁰ discorda dessa origem histórica, explicando que razoabilidade e proporcionalidade não se confundem; assim, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215, sendo questionado inclusive se a razoabilidade teria de fato origem neste documento.

Para o autor, o princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, teria origem em uma decisão judicial proferida em 1948. Lá, utiliza-se a

²⁶ Ibidem.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.798, abr. 2002, p.30.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais** – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998), p. 66.

²⁹ Ibidem, p. 65.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2002, p.29.



expressão “princípio da irrazoabilidade”, o que implica apenas em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis³¹.

De todo modo, pode-se afirmar que a razoabilidade apenas sugere que os atos estatais devam ser razoáveis, em uma simples análise da relação meio e fim, notadamente da verificação da legitimidade dos fins. Com efeito, a razoabilidade traz a noção de adequação, bom senso e moderação, e representa aquilo que não é absurdo.

Desta forma, fica evidente que a regra da proporcionalidade tem uma estrutura lógica, diferentemente da razoabilidade, que destina-se simplesmente a afastar os atos manifestamente irrazoáveis.

Logo, a razoabilidade corresponderia apenas à primeira das três sub regras da proporcionalidade, qual seja, a exigência de adequação, se limitando ao exame da compatibilidade entre os meios e os fins.³²

4 CONCEITO, APLICAÇÃO E FUNDAMENTO JURÍDICO DA PROPORCIONALIDADE

A regra da proporcionalidade é muito importante para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, por estabelecer critérios práticos que podem auxiliar na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, quando os atos emanados pelo poder estatal limitarem esses direitos.

Para que as restrições a direitos fundamentais não se tornem excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos, utiliza-se a regra da proporcionalidade que, com os seus elementos estruturantes - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, permite aferir a medida equilibrada do agir estatal.

Nesse contexto, cabe destacar o conceito insculpido por Virgílio Afonso da Silva³³

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.798, abr. 2002.

³² *Ibidem*, p.33.

³³ *Ibidem*, p.24.



A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, a proporcionalidade revela-se como de fundamental utilidade, por equacionar impasses relativos à aplicação e restrição dos direitos fundamentais de forma prática, justa e proporcional. Contudo, percebe-se que a jurisprudência brasileira ainda não realizou uma análise aprofundada acerca do objeto do presente estudo, pois muitas vezes limita-se a citá-la, sem realizar o exame da aplicação dos seus elementos ao caso concreto.

Desta forma, faz-se necessário que a regra da proporcionalidade tenha o devido reconhecimento no Direito brasileiro. Nesse sentido, Paulo Bonavides³⁴ destaca sua importância

[...] urge quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial. Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizados, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

Nesse contexto, é importante entender quando será utilizada a regra da proporcionalidade. Virgílio Afonso da Silva³⁵ destaca que, quando uma restrição a um direito fundamental é realizada por meio de regra presente em um texto normativo infraconstitucional (isto é, quando o legislador já fez o sopesamento entre dois ou mais

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.395.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p.179-181.



princípios, cujo resultado é expresso pela regra infraconstitucional), deve-se recorrer a regra da proporcionalidade.

Sublinha o autor que nos casos em que a colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador, isto é, nos casos em que deve haver aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto, deve haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução da questão. Explica também o autor que os dispositivos legais que simplesmente regulamentam direitos fundamentais são isentos da aplicação da regra da proporcionalidade³⁶.

Nesse ponto, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Robert Alexy³⁷, que afirma que “como resultado de todo o sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.

Com efeito, no processo de controle de constitucionalidade da lei, se houver uma restrição do direito fundamental, deve-se recorrer a regra da proporcionalidade. Assim, deve-se indagar se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos, se não existe medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva, e, por fim, se há um equilíbrio entre as restrições de um direito e a realização do outro³⁸.

Por oportuno, cabe destacar que a proporcionalidade não foi prevista expressamente na Constituição de 1988. Com relação a sua fundamentação jurídica, existe dissenso na doutrina. Gilmar Ferreira Mendes³⁹, Luís Roberto Barroso⁴⁰ e

³⁶ Ibidem.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p.179

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000), p. 361-372.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais - Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23 (1998), p. 65-78.



Suzana de Toledo Barros⁴¹ entendem que a regra da proporcionalidade tem por fundamento o princípio do Estado de Direito. Em sentido diverso, Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides defendem que a proporcionalidade tem por alicerce o art. 5^o, §2^o da Constituição Federal, conforme assevera Virgílio Afonso da Silva⁴².

Entende Paulo Roberto Lyrio Pimenta⁴³ que “o fundamento constitucional do princípio em pauta, também denominado de princípio da proibição de excesso, está no art. 5^o, §2^o, da CF, que versa sobre a admissibilidade dos princípios implícitos no sistema constitucional brasileiro”.

Ainda, vale ressaltar a posição de Virgílio Afonso da Silva⁴⁴ que sustenta que a “exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”.

Percebe-se, portanto, que as diversas posições citadas convergem no sentido de destacar a importância da proporcionalidade no fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais.

4.1 SUB-REGRAS DA PROPORCIONALIDADE

A regra da proporcionalidade é subdividida em três sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A propósito, esta ordem é pré-definida em uma relação de subsidiariedade e de complementariedade entre si, de

⁴¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2003, p.95-98.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.798, abr. 2002. p. 43.

⁴³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p.58

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2002, p. 43



modo que “a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*”⁴⁵.

Assim, somente será analisada a necessidade se ficar constatada a adequação do meio escolhido, bem como somente será examinada a proporcionalidade em sentido estrito se ficar demonstrado que o meio escolhido foi o necessário para atingir determinado objetivo.

Caso a análise de alguma sub-regra seja negativa, estará, desde logo, caracterizada a violação da proporcionalidade, sendo desnecessário prosseguir ao exame. “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas sub-regras”⁴⁶.

Através do escrutínio desses elementos parciais, pode-se descobrir vícios substanciais da lei em uma perspectiva diferente da tradicional, quando está em causa a simples compatibilidade lógico-formal das normas constitucionais, consoante destaca Suzana de Toledo Barros⁴⁷ ao citar Gomes Canotilho.

4.1.1 Adequação

Adequação, idoneidade ou conformidade tem de ser o primeiro elemento a ser analisado na verificação da observância da proporcionalidade. Essa sub-regra verifica se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado almejado. “Analisa-se se o meio escolhido, além de restringir direito fundamental, é apto, útil, idôneo, apropriado para se atingir o resultado pretendido”⁴⁸.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.798, abr. 2002, p.34.

⁴⁶ *Ibidem*, loc.cit.

⁴⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2003, p.76

⁴⁸ PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016, p.166.



Com efeito, quando um ato do Estado implica em interferência no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente esse ato deve ter como meta um fim constitucional, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental⁴⁹. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade neste primeiro momento consiste em verificar se a medida adotada é adequada para estimular a realização do objetivo perseguido.

Gilmar Ferreira Mendes⁵⁰ entende que a medida adequada não seria apenas para fomentar, mas sim para realizar totalmente o objetivo perseguido. Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva⁵¹ esclarece que a exigência de realização completa do fim perseguido é desnecessária, pois é muito difícil saber com certeza, previamente, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Prossegue ainda o autor⁵²

Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida.

Por esta razão, a doutrina majoritária considera que a medida adequada seria aquela capaz de fomentar a realização do fim pretendido. A propósito, a análise da adequação, desconsidera o grau de eficácia dos meios utilizados para alcançar o fim almejado, pois a questão sobre a escolha do meio melhor ou menos gravoso, já entra no âmbito da sub-regra da necessidade⁵³.

De todo modo, a verificação da idoneidade da medida restritiva deve ser realizada sob a perspectiva negativa, isto é, somente quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar sua finalidade é que a lei deve ser anulada⁵⁴.

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p.169-170.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000), p. 371.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, 2014, p.170.

⁵² *Ibidem*, p.170

⁵³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2003, p.78.

⁵⁴ *Ibidem*, p.80.



4.1.2 Necessidade

Necessidade significa que a medida restritiva é imprescindível para a conservação do próprio ou outro direito fundamental e que não pode ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa⁵⁵.

Assim, o ato estatal que limita direitos fundamentais somente será considerado necessário quando a realização do objetivo almejado não puder ser promovido, com igual intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido⁵⁶. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁷ destaca

A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos “coactivo”, relativamente aos direitos restringidos.

Desta forma, a medida será considerada desnecessária, e, portanto, lesiva à proporcionalidade, quando se tem outra medida menos restritiva e ao mesmo tempo apta para obter igual ou melhor resultado almejado. Virgílio Afonso da Silva⁵⁸ esclarece que geralmente divulga-se a necessidade como busca do meio menos gravoso, o que pode passar a impressão de que se deve priorizar sempre à medida que restrinja menos direitos.

Contudo, o autor explica que isso somente será assim no caso de duas medidas serem igualmente eficientes para atingir o objetivo, e que, somente nesse caso, deve-se dar preferência à medida menos gravosa.

Para o autor, o que é decisivo no exame da necessidade é a eficiência do ato, não sendo preciso questionar a existência de medidas mais eficientes do que a adotada pelo

⁵⁵ *Ibidem*, p.81.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p.171.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.457.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, 2014, p.171-172.



ente estatal na resolução da questão fática. Seria necessário apenas verificar-se se de fato existiriam medidas igualmente eficientes e que limitariam menos o direito atingido.

Vale ressaltar que existe diferença entre necessidade e adequação. O teste de adequação é absoluto e linear, isto é, faz referência pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, enquanto que o exame da necessidade tem um acréscimo, que é a consideração das medidas alternativas para se obter a mesma finalidade.⁵⁹

Nesse sentido, a análise da necessidade tratar-se-ia de um exame comparativo, que tem de considerar a eficiência das medidas na concretização do objetivo pretendido, tendo também de verificar a intensidade da limitação ao direito fundamental atingido.

4.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito

Conforme visto, uma medida estatal que limite um direito fundamental será constitucionalmente justificável se, além de adequada para fomentar o objetivo que almeja, não existir uma medida alternativa que seja tão eficiente quanto e que limite menos o direito atingido⁶⁰.

Todavia, faz-se necessário um exame final que seria a proporcionalidade em sentido estrito, pois a lei restritiva, mesmo que adequada e necessária, pode ser considerada desproporcional, quando limita os direitos fundamentais de forma desmedida, excessiva. Desta forma, a proporcionalidade em sentido estrito complementa a adequação e a necessidade, ao examinar se o meio utilizado está em equilíbrio com o fim perseguido.

A proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação entre a finalidade pretendida e a restrição aos direitos fundamentais. “Aqui, deve-se fazer a seguinte

⁵⁹ *Ibidem*, p.171.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p.174.



pergunta: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”⁶¹. Esclarece Joaquim José Gomes Canotilho⁶²:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte “cargas coactivas” de direitos, liberdades e garantias “desmedidas”, “desajustadas”, “excessivas” ou “desproporcionais” em relação aos resultados obtidos.

Assim, a última etapa da proporcionalidade equivale em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tendo por finalidade evitar exageros, isto é, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, limitem direitos fundamentais, além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar⁶³. Em outras palavras,

[...] a proporcionalidade *stricto sensu* equivale à justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos⁶⁴

Desta forma, a medida será considerada desproporcional em sentido estrito quando os motivos que a fundamentam não tiverem peso suficiente para justificar a restrição do direito fundamental atingido.

Neste contexto, Robert Alexy⁶⁵ aponta que a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento, decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto que a adequação e necessidade resultam da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

⁶¹ PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016, p.170.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.457.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2014, p.175.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4.ed. Coimbra Editora, 2008, p. 285.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.118.



Existem autores⁶⁶ que defendem a ideia de que a regra da proporcionalidade deveria se limitar aos exames da adequação e da necessidade. Eles justificam esse posicionamento argumentando que esses seriam exames para os quais existem critérios objetivos, visto que na proporcionalidade em sentido estrito haveria subjetividade do juiz.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁷ critica esse posicionamento, explicando que a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito apenas iria remeter à ponderação para as etapas anteriores, sem resolver o excesso de subjetivismo.

Virgílio Afonso da Silva⁶⁸ também defende a existência desta terceira etapa da proporcionalidade. O autor justifica o seu posicionamento, argumentando que, mesmo os casos mais simples, envolvem necessariamente valoração subjetiva por parte do juiz, pois a análise de uma situação da vida não pode ser realizada utilizando-se de critérios matemáticos.

Segue explicando que há casos em que o exame da necessidade pode ser muito mais complexo do que a mera análise da proporcionalidade em sentido estrito, sendo, por conseguinte, exigidas outras valorações do juiz. Para o autor, a vantagem em objetividade não se encontra na renúncia ao sopesamento, mas sim na busca de padrões de diálogo intersubjetivo que proporcione um controle social da atividade jurisdicional.

Assim, o autor conclui pela manutenção da proporcionalidade em sentido estrito, pois caso contrário “uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional⁶⁹”.

⁶⁶ Virgílio Afonso da Silva cita como exemplos, Bernhard Schlink, na Alemanha e no Brasil cita Leonardo Martins. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p.177.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.398-399.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p.174-178.

⁶⁹ *Ibidem*, p.174.



Com efeito, o exame da terceira etapa da proporcionalidade consiste na ponderação ou sopesamento dos direitos fundamentais, tendo em vista os diversos valores existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou contribuir para a reflexão acerca da aplicação da proporcionalidade no direito brasileiro. Assim, buscou-se estudar a natureza jurídica da proporcionalidade, compreender a diferença existente entre esta e a razoabilidade, bem como demonstrar o seu conceito, aplicação, fundamento e elementos.

Para tanto, esclareceu-se a diferença existente entre regras e princípios, segundo os ensinamentos de Robert Alexy, o que nos levou a concluir que a proporcionalidade deve ser considerada como regra, pois é aplicada por meio de subsunção e não é sopesada contra algo.

Em seguida, foi demonstrado que proporcionalidade, muitas vezes, é entendida como sinônimo de razoabilidade. Levando em consideração o estudo realizado, também chegou ao entendimento de que os institutos são diferentes no que tange à origem histórica, à estrutura e à abrangência na aplicação.

Assim, verificou-se que os elementos da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são indispensáveis para o controle de leis restritivas de direitos fundamentais.

Foi visto que, quando há restrição a um direito fundamental, nos moldes ora especificados, deve-se recorrer a regra da proporcionalidade. Nesse diapasão, cumpre verificar se a medida restritiva de tal direito é adequada para fomentar seus objetivos; se não existe medida de igual eficiência e menos restritiva; se há equilíbrio entre as restrições de um direito e a realização de outro.

Destarte, percebeu-se que a aplicação da proporcionalidade, através dos seus elementos, verdadeiramente propicia a escolha racional de qual direito deve prevalecer no caso concreto, afastando assim decisões arbitrárias.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação /aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Parecer Jurídico** proferido em 02 de outubro de 2018, elaborado para Defensoria Pública do Estado de São Paulo nos autos do Processo Judicial nº 1008488-20.2017.8.26.0037, que tramita no TJ de São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-defensoria-araraquara-prof.pdf>. Acesso em 05 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal federal: novas leituras. **Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, 14, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4.ed. Coimbra Editora, 2008.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.798, p, 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2014.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XIV, número 2, dezembro de 2021 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>