

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À TEORIA NORMATIVA DE ROBERT ALEXY E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE¹

Napoleão Bernardes Neto²

Sumário

Introdução. 1 Normas, princípios e regras na teoria de Robert Alexy. 1.1 Conflito de regras. 1.2 Colisão de princípios. 2 Questões terminológicas. 2.1 Regra da proporcionalidade. 2.2 Proporcionalidade x razoabilidade. 3 Regra da proporcionalidade e controle da constitucionalidade 3.1 Ameaça à separação de poderes? 3.2 Proporcionalidade e argumentação jurídica. 4 Elementos da regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade em matéria penal. 4.1 Adequação. 4.2 Necessidade. 4.3 Proporcionalidade em sentido estrito. Considerações Finais. Referência das fontes citadas.

Resumo

O estudo pretende apresentar aspectos introdutórios à concepção normativa de Robert Alexy, identificando em sua teoria a correlação entre normas, princípios e regras, assim como as marcas distintivas entre as duas últimas categorias. Do presente artigo extraem-se as dessemelhanças entre proporcionalidade e razoabilidade e a mútua relação entre proporcionalidade e argumentação jurídica.

Palavras-chave: Principiologia constitucional; Argumentação jurídica; Normas; Princípios; Regras; Regra da Proporcionalidade.

Resumen

El estudio pretende presentar aspectos intrudutorios a la concepción normativa de Robert Alexy, identificando en su teoría la correlación entre normas, principios y reglas, así como las marcas distintivas entre las dos

¹ Artigo elaborado a partir dos debates realizados no seminário intitulado "A Concepção Formal de Argumentação", na disciplina Teorias da Argumentação Jurídica, ministrada pela professora Dra. Cláudia Roesler, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Trabalho apresentado como requisito parcial à conclusão da supra referida disciplina.

² Mestrando do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, sob a orientação do professor Dr. João José Leal, na linha de pesquisa "Produção e Aplicação do Direito". Especializando em Ciências Criminais pelo convênio UNAMA / LFG / IPAN. Advogado com escritório instalado em Blumenau (SC). E-mail: n.bernardes@terra.com.br.

últimas categorías. Del presente artículo se extrae las diferencias entre proporcionalidad y razonabilidad y la mutua relación entre proporcionalidad y argumentación jurídica.

Palabras-clave: Principiología constitucional; Argumentación jurídica; Normas; Principios; Reglas; Regla de la Proporcionalidad.

Introdução

No Estado democrático e constitucional de Direito há a consagração dos direitos fundamentais, formal e substancialmente unidos à esfera constitucional. É, portanto, crescente o interesse da comunidade jurídica acerca da proporcionalidade, haja vista a eminente aplicabilidade prática dessa teoria, quer seja na produção, quer seja na aplicação do Direito.

Diante da colisão entre direitos fundamentais, mister é a aplicação da regra da proporcionalidade, uma vez que é através dela que se pode sopesar qual princípio preponderará. Nas situações em que há tensão principiológica, não se afasta nem se exclui quaisquer das normas envolvidas. Determina-se, por intermédio da proporcionalidade, qual prevalecerá no caso concreto. Aí reside o caractere essencialmente pragmático da teoria.

Outrossim, a regra da proporcionalidade emana importantes elementos para a aplicação do Direito pelo órgão julgador, mormente na análise das situações jurídicas que envolvam a restrição de direitos fundamentais. É, pois, instrumento jurídico para o controle da constitucionalidade de leis e atos limitadores desses direitos essenciais da pessoa humana. Percebe-se, assim, o porquê da crescente atenção à regra da proporcionalidade, tema do presente trabalho.

O estudo principia pela concepção normativa de Robert Alexy, segundo quem princípios e regras são espécies do gênero norma. Analisa-se inicialmente a correlação entre as categorias, para, na seqüência, estabelecer a distinção entre princípios e regras.

Na apreciação da teoria normativa de Alexy, apresentam-se as dessemelhanças nos mecanismos de resolução do conflito de regras e da colisão de princípios. Em seguida, discorre-se acerca de questões

terminológicas e conceituais, estabelecendo-se especialmente a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, estuda-se a regra da proporcionalidade como instrumento de controle da constitucionalidade, as contra-razões à tese de que a proporcionalidade ameaça a separação dos Poderes, e a correlação entre a regra e argumentação jurídica. Discorre-se, ao final, acerca dos elementos da regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade em matéria penal.

1 Normas, Princípios e Regras na teoria de Robert Alexy

A busca pela diferenciação conceitual entre regras e princípios não é recente. Há muito, filósofos e políticos do Direito³, assim como os próprios operadores jurídicos⁴, apreciam, estudam e debatem a temática tencionando estabelecer parâmetros para a precisa identificação de uma e outra espécie normativa. Não obstante o largo lapso temporal que marca a discussão, a distinção entre princípios e regras ainda é marcada por controvérsias e conflitos de entendimentos⁵.

Muitas vezes a expressão “princípio jurídico” é utilizada equivocada e irrefletidamente, haja vista a inobservância das nuances conceituais, terminológicas e jurídicas em relação a outras Categorias⁶, como, no caso do

³ A expressão “político do Direito” é entendida no sentido proposto pelo Professor Doutor Osvaldo Ferreira de Melo, segundo o qual esse agente é “todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico e treinado na crítica social, apresente-se com a perspectiva das possibilidades, ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um direito que pareça mais justo, legítimo e útil”. (MELO, Osvaldo Ferreira. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 131.)

⁴ Adota-se o Conceito Operacional oferecido pelo Professor Doutor César Luiz Pasold, a saber, “todos os Profissionais para cujas atividades seja pressuposta a detenção do diploma de Bacharel em Direito e o devido cumprimento das regras de acesso profissional, e para as quais a matéria prima comunicativa é o Jurídico e a finalidade é realizar a Justiça”. (PASOLD, Cesar Luiz. *Personalidade e Comunicação*. 2 ed. Florianópolis: Plus Saber Editora, 2005, p. 17.)

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82-83.

⁶ Entendida como “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. (PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 9 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 31.)

presente estudo, as “regras”. O fenômeno é observado por Luís Virgílio Afonso da Silva.

[...] Humberto Bergmann Ávila demonstra, com razão, que a questão é mais controversa do que parece e que a utilização do termo “princípio” pode ser errônea, principalmente quando se adota o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica, com base na difundida teoria de Robert Alexy.⁷

Robert Alexy estabelece primacialmente que tanto princípios como regras são normas jurídicas. Portanto, norma é gênero do qual são espécies princípios e regras. Assim sendo, distinguir princípios de regras é estabelecer uma diferenciação entre duas espécies de normas⁸. “Essa divisão não se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação”⁹.

Segundo estabelece a teoria de Alexy a divisão entre essas duas espécies normativas não é caracterizada por uma diferença de gradação, mas sim pela distinção qualitativa entre ambas. Os princípios são normas determinadoras da realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas. Caracterizam-se, pois, como “mandatos de otimização”, integrados tanto por determinações permissivas quanto proibitivas¹⁰.

Ao reverso, as regras são normas que simplesmente podem ser cumpridas ou não. Logo, vigendo e sendo válida¹¹ deve-se cumprir exatamente o que o seu

⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 24, abr. 2002.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 83.

⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 25.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 86.

¹¹ “O modelo do Estado constitucional e democrático de Direito, que é garantista, rompe com o velho esquema do positivismo clássico e passa a distinguir a vigência da validade. Somente pode ser válida a lei (vigente) que conta com a compatibilidade vertical com a Constituição [...] bem como com o Direito internacional”. (GOMES, Luiz Flávio. Vigência e validade da lei. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1335, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9534>>. Acesso em: 26 fev. 2007.)

conteúdo determina¹². “Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção”¹³. Evidenciam-se aí as dessemelhanças mais significativas entre princípios e regras, ao passo que a primeira categoria de normas expressa “deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes”¹⁴.

Destarte, e em síntese, a aplicabilidade dos princípios se dá através de um juízo de ponderação, mormente através da máxima da proporcionalidade, enquanto na aplicação das regras emprega-se a técnica da subsunção. Por outro turno, o conteúdo das regras indica um dever definitivo e imediato, no tempo em que o contido nos princípios denota o que Alexy designa “mandato de otimização”, ou seja, implica potencializar ao máximo a concreção do conteúdo, dentro das circunstâncias jurídicas e fáticas envolvidas, e após sopesar os valores principiológicos correlatos.

Ainda em relação à distinção estrutural entre princípios e regras, esclarece-se que para Alexy os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, levando-se em conta as possibilidades e condições jurídicas e fáticas. Por isso considera-os dotados de mandatos ou deveres *prima facie*. De outro modo, as regras contêm uma determinação expressa para que se proceda exatamente o que ordenam, desde que vigentes e válidas. Reside aí a condição estrutural chamada de dever definitivo¹⁵.

Outro aspecto distintivo entre as duas espécies normativas se dá em relação aos mecanismos para a resolução do conflito de regras e da colisão de princípios, conforme, ainda que sucintamente, observar-se-á a seguir.

1.1 Conflito de regras

¹² ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 87.

¹³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 25.

¹⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 25.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 99.

Na medida em que estruturalmente as regras são dotadas de deveres definitivos, ou seja, permeadas por determinações expressas de cumprimento do seu conteúdo, o conflito entre regras só pode ser solucionado através de duas maneiras: a) introduzindo-se em uma das regras uma cláusula de exceção; b) declarando-se inválida pelo menos uma das regras¹⁶.

Destarte, inexistindo-se possibilidade de inserção de uma cláusula de exceção ou de ressalva em uma das regras conflitantes, o dissídio só poderá ser solucionado através da declaração de invalidez de uma das normas¹⁷.

A designação de invalidade de uma das regras em conflito pode ser dar através da aplicação de consagrados postulados tais como "*lex posterior derogat legi priori*" e "*lex specialis derogat legi generali*"¹⁸, ou ainda baseada em um critério de hierarquização de importância do conteúdo das normas conflitantes.

O fundamental, de acordo com Alexy, é que a resolução de um eventual conflito de regras centra-se na dimensão da validade¹⁹. Na colisão de princípios, por outro turno, aprecia-se a dimensão dos pesos da carga principiológica, conforme se discorrerá na seqüência.

1.2 Colisão de princípios

A forma da resolução nos casos de colisão de princípios se dá de forma completamente distinta da verificada para as situações em que há conflitos de regras. Isso ocorre em decorrência direta das significativas diferenças estruturais e de conteúdo entre as duas normas.

A solução nas situações de colisão entre princípios é estabelecer a prevalência de um sobre outro. Um princípio se sobreporá ao subjacente, cedendo lugar para a preponderância do primeiro. Observa-se que não há discussão acerca

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 88.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 88.

¹⁸ Ambas as regras são textualmente mencionadas por Alexy.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 88.

da validade da norma, nem sequer de introdução de uma cláusula de exceção, como se estabelece para o conflito de regras²⁰. Na colisão entre princípios, aplica-se a máxima da proporcionalidade, a qual permitirá apreciar o peso da carga principiológica em cada situação concreta.

Destarte, diante de uma situação concreta de colisão entre princípios um deles pode ser declarado como o prevalente, ao passo que, em outra colisão envolvendo as mesmas normas a solução encontrada pode ser inversa, uma vez que as condições fáticas e jurídicas podem ser diversas²¹. Significa dizer que as soluções apuradas na colisão entre princípios não são perenes, sendo, pois, passíveis de variação conforme o ambiente fático e o ordenamento jurídico.

Tecidas a conceituação e as distinções teóricas entre princípios e regras, ambas normas jurídicas segundo a teoria de Robert Alexy, passar-se-á a analisar as questões terminológicas envoltas à regra da proporcionalidade. Preliminarmente, no entanto, apresenta-se um quadro resumo dotado com as considerações até aqui discorridas.

Tabela 01 – Quadro sinóptico: distinção entre princípios e regras a partir das preleções de Robert Alexy e Luís Virgílio Afonso da Silva

Normas	Princípios	Forma de aplicação: <i>máxima da proporcionalidade</i> Estrutura: <i>deveres prima facie/mandatos de otimização</i> Resolução da colisão: <i>dimensão do peso</i>
	Regras	Forma de aplicação: <i>subsunção</i> Estrutura: <i>deveres definitivos</i> Resolução da colisão: <i>dimensão da validade</i>

2 Questões terminológicas

A expressão mais difundida e recorrentemente empregada para designar o mecanismo utilizado para a resolução de colisões entre princípios é “princípio da proporcionalidade”, a qual é utilizada freqüentemente e sem vacilações.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 89.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 89.

Eventualmente outros termos tidos como sinônimos são empregados, mormente a Categoria “razoabilidade”. Passar-se-á, a seguir, a apreciar esses pontos, analisando-se suas eventuais adequações e imprecisões.

2.1 Regra da proporcionalidade

Na doutrina jurídica e mesmo na jurisprudência brasileira consagrou-se a utilização da expressão “princípio da proporcionalidade”. No entanto, diante da teoria normativa de Robert Alexy, a mais adequada nomenclatura aplicável ao mecanismo de resolução de conflitos principiológicos é “regra da proporcionalidade”. É o que preleciona Virgílio Afonso da Silva.

O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.²²

Conforme apontar-se-á no item 4 do presente artigo, três são os elementos da regra da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo expõe Alexy, essas três máximas parciais inerentes à proporcionalidade devem necessariamente ser tidas como regras, haja vista a incompatibilidade estrutural com os princípios. Logo, conforme discorre, a máxima da proporcionalidade, ainda que rotineiramente designada de “princípio”, é na verdade regra jurídica²³.

Ademais, a proporcionalidade é empregada, através de seus três elementos, por intermédio da subsunção. E como já se discorreu alhures, a subsunção é a maneira própria para a aplicação de regras, e não de princípios²⁴. Destarte, a terminologia adequada a ser empregada, baseada na teoria normativa de Alexy, é “regra da proporcionalidade” e não “princípio da proporcionalidade”. Não obstante, Luís Virgílio Afonso da Silva manifesta uma pertinente observação.

²² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 25.

²³ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 112.

²⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 25.

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em *princípio da proporcionalidade*, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica.

Portanto, com base na teoria de Alexy, o mais adequado terminologicamente é o emprego da expressão “regra da proporcionalidade”. Entretanto, se se adota a conceituação de princípio como disposição fundamental²⁵, viável nesse sentido o emprego da Categoria “princípio da proporcionalidade”.

2.2 Proporcionalidade x razoabilidade

Comumente observa-se o emprego de “proporcionalidade” e “razoabilidade” como Categorias sinônimas. Quer seja em manifestações acadêmico-doutrinárias, quer seja na práxis forense, ambos os termos têm sido empregados como se fossem dotados do mesmo sentido.

Entretanto, conforme preleciona Luís Virgílio Afonso da Silva, admite-se que ambas sejam dotadas de “objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos”²⁶. Acresce que a regra da proporcionalidade “diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”²⁷.

Em relação à procedência, a regra da proporcionalidade surgiu através do desenvolvimento da jurisprudência constitucional alemã²⁸, ao passo que o

²⁵ “Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 583.)

²⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 28.

²⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 29.

²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 30.

postulado da razoabilidade é de origem norte-americana²⁹. Outra diferença significativa relaciona-se ao aspecto estrutural entre uma e outra teoria.

Conforme sustenta Luís Virgílio Afonso da Silva, o fato de a regra da proporcionalidade ostentar uma estrutura pré-determinada, integrada por elementos pré-estabelecidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) aplicados em uma ordem pré-fixada, o diferencia claramente “da mera exigência de razoabilidade”³⁰. O entendimento é corroborado por, Wilson Antônio Steimetz.

[...] não se nega normatividade ao princípio da razoabilidade. É um princípio consolidado no direito brasileiro, atribuindo-se a ele *status* constitucional [...]. O que se quer dizer [...] é que o princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional [...]. Já o princípio da proporcionalidade apresenta indicadores de concreção mediante os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso [...] conclui-se que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade [...]³¹.

Proporcionalidade e razoabilidade, portanto, não são sinônimos e nem tampouco se confundem, haja vista suas dessemelhanças estruturais e de origem.

3 Regra da proporcionalidade e controle de constitucionalidade

A regra da proporcionalidade tem incidência nas situações em que há colisões de princípios e direitos fundamentais³². Serve, assim, como instrumento de controle de constitucionalidade³³ de leis e outros atos normativos. É cabível

²⁹ STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 185.

³⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 30.

³¹ STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. P. 192.

³² Assim entendidos como aqueles alusivos a “bens elementais inerentes à dignidade da pessoa humana, assegurados a cada indivíduo e à coletividade”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48.)

³³ “[...] o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 399.)

quando “um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”³⁴.

Conforme pondera José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais “só podem ser restringidos quando tal se torne *indispensável*, e no *mínimo necessário*, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”³⁵. Diante dessas considerações, entende-se a regra da proporcionalidade como instrumento característico do modelo de Estado democrático e constitucional de Direito.

Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercida em proveito da pessoa humana.³⁶

A regra da proporcionalidade, assim, é dotada de caráter instrumental ao controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos restritivos de direitos fundamentais. Em razão dessa função exsurge o questionamento acerca da correlação entre a aplicabilidade dessa máxima e eventual ameaça à separação de poderes, conforme se discorrerá em seguida.

3.1 Ameaça à separação de poderes?

A regra da proporcionalidade, como se apontou, é um instrumento jurídico-normativo empregado para o controle judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos estatais restritivos de direitos fundamentais. Por isso uma das objeções mais freqüentes à validade do instituto versa acerca da suposta ameaça à separação de poderes, nomeadamente entre Poder Legislativo e Poder Judiciário.

³⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 24.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 134.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 424.

O argumento central dessa corrente doutrinária crítica versa a respeito do suposto desequilíbrio entre Legislativo e Judiciário, uma vez que, ao aplicar a regra da proporcionalidade para declarar a invalidade de leis e atos restritivos de direitos fundamentais, este debilitaria aquele, e ocuparia parcela de sua competência predominante³⁷.

Entretanto, entende-se a regra da proporcionalidade como instrumento de controle judicial da constitucionalidade³⁸ absolutamente legítimo e válido em um Estado democrático e constitucional de Direito³⁹. Sua aplicabilidade não é dotada do condão de debilitar um Poder em detrimento a outro. Ao reverso. Apresenta, isso sim, a faculdade de robustecer a normatização jurídico-constitucional ao salvaguardar direitos fundamentais da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.⁴⁰

³⁷ Críticos da regra da proporcionalidade argumentam que a sua aplicação pelo Judiciário para o exame “das intervenções legislativas nos direitos fundamentais acarretaria o enfraquecimento do Legislativo, poder democrático legítimo, e poderia, no limite, resultar em um ‘Estado de juízes’ ou ‘governo de juízes’”. (STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 194.)

³⁸ “Os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle de constitucionalidade: o *controle difuso* (ou jurisdição constitucional difusa) e o *controle concentrado* (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 50.)

³⁹ “Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada ao arbítrio do legislador. [...] o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito [...]”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 436.)

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 427.

Outrossim, a regra da proporcionalidade não é passível de aplicabilidade tão somente pelo Poder Judiciário. Especialmente o Poder Legislativo deve exercer sua competência constitucional acatando essa máxima. Tendo, pois, como destinatários todos os Poderes, nomeadamente o Judiciário e o Legislativo, não se pode patrocinar a tese de que a regra da proporcionalidade possa ameaçar a independência e a separação deles.

O exame de proporcionalidade é um limite a intervenção nos direitos fundamentais contrárias à Constituição ou nela não justificadas. Não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade os direitos fundamentais fiquem à livre disposição do legislador. Nesse sentido, dos poderes públicos, o Legislativo é o primeiro a ter de se vincular ao princípio da proporcionalidade. [...] É ponto pacífico que compete ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade da produção normativa do Poder Legislativo.⁴¹

Logo, a aplicação da regra da proporcionalidade não fere a separação nem ameaça a independência entre os Poderes, mesmo porquê não é dirigida especificamente ao Judiciário, mas notadamente ao Legislativo no exercício do seu papel constitucional primordial. Afora essa questão, há de se destacar a relevante atribuição da proporcionalidade como instrumento substancial à concreção dos direitos fundamentais – e, por conseguinte, à proteção da própria dignidade da pessoa humana –, ao salvaguardá-los de afrontas normativas.

3.2 Proporcionalidade e argumentação jurídica

A teoria da proporcionalidade apresenta como função prática vital balizar a produção judicial do Direito, além da produção legislativa, de modo a proteger os direitos fundamentais de normas que porventura pretendam restringir-lhes. Em razão dessa função pragmática, voltada para auxiliar a construção jurisprudencial, é que regra da proporcionalidade e argumentação jurídica têm sólida correlação.

A aplicação proporcionalidade através do minucioso procedimento de submissão da norma restritiva de direito fundamental aos três elementos

⁴¹ STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 196.

inerentes à regra pressupõe o racional exercício argumentativo. Destarte, ao se estabelecer como condição de validade de uma lei (em sentido amplo) a preliminar subjugação de seu conteúdo aos “filtros” da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se, para tal, o emprego da argumentação jurídica.

Manuel Atienza ao arrolar fatores político-jurídicos responsáveis pelo crescente interesse em torno da argumentação jurídica acena como um deles o transpassar do modelo de Estado de Direito para Estado democrático e constitucional de Direito⁴². Alguns dos elementos característicos desse novo modelo estatal exprimem relação direta com a regra da proporcionalidade.

Isso, pois, para o filósofo espanhol são marcas distintivas do Estado constitucional, dentre outras, a existência de certos direitos fundamentais que limitam ou condicionam a produção a produção, a interpretação e a aplicação do Direito e a existência de mecanismos de controle da constitucionalidade das leis⁴³. Essas particularidades do novo modelo estatal estão concomitantemente coligadas à argumentação jurídica e à regra da proporcionalidade.

Destarte, Estado democrático e constitucional de Direito, proporcionalidade e argumentação jurídica apresentam direta correlação. Atienza, aliás, é textual ao preconizar que o Estado constitucional supõe a completa sujeição do poder ao Direito, à razão: a força da razão, frente a razão da força⁴⁴. Vislumbra-se, assim, o entrelaçamento entre argumentação jurídica e proporcionalidade, a primeira como atividade indispensável à consecução da segunda.

4 Elementos da regra da proporcionalidade e sua aplicabilidade em matéria penal

⁴² ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 17.

⁴³ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. p. 17

⁴⁴ Livre tradução do Autor. No original Atienza discorre que o Estado constitucional “supone el sometimiento completo Del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza”. (ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. p. 17.)

A regra da proporcionalidade é dotada de três elementos ou sub-regras, estabelecidas em uma ordem pré-definida, e, por conseguinte, aplicáveis dentro de uma seqüência pré-ordenada. Desse modo, o sopesar da adequação é anterior ao da necessidade, a qual é igualmente precedente à análise da proporcionalidade em sentido estrito⁴⁵. Logo, para a aplicação da proporcionalidade não é imprescindível apreciar-se as três sub-regras, haja vista o caráter subsidiário verificado entre elas.

[...] com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente 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.⁴⁶

Em matéria penal, como em outros ramos jurídicos, a regra da proporcionalidade é dirigida primacialmente ao legislador para balizar a atuação em sua função preponderante: a elaboração das leis. Não obstante, diante das situações de inobservância desse postulado no processo de formulação das leis penais, incumbe ao órgão julgador estabelecer o controle da constitucionalidade, conforme pondera Alberto Silva Franco.

Se o legislador falha em qualquer dos momentos desse processo para o qual está, de imediato, convocado a atuar, o juiz deve ocupar o seu espaço, não para substituí-lo porque não é sua tarefa realizar os concatenados momentos do processo incriminador, mas para declarar que a lei embora vigente, não tem validade por afrontar, de modo flagrante, os princípios constitucionais que devem reger a intervenção punitiva. Destarte, não pode ele furtar-se a declarar, incidentalmente, que o produto legislativo perdeu sua legitimidade para ser aplicado, por desatender aos parâmetros constitucionais próprios do Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁷

Por derradeiro, ainda em relação às sub-regras da proporcionalidade, nem todo procedimento de aplicação da máxima irá exigir a incidência dos três elementos. Uma vez bastando a análise da adequação, não exigir-se-á a

⁴⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 34.

⁴⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 34.

⁴⁷ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

apreciação da necessidade e muito menos da proporcionalidade em sentido estrito. Essa, por consequência, só será invocada em *ultima ratio*, quando as sub-regras subjacentes não forem suficientes à verificação da proporcionalidade do ato restritivo de direitos fundamentais em consideração. Apreciar-se-á, na seqüência, o delineamento de cada um desses elementos, analisando-se, igualmente, sua aplicabilidade em matéria penal.

4.1 Adequação

A adequação também é designada como regra da idoneidade⁴⁸ ou conformidade⁴⁹. Conforme sustenta José Joaquim Gomes Canotilho, da análise desse elemento deve se inferir se “o acto do poder público é *apto* ou *conforme* os fins justificativos da sua adopção”⁵⁰. Então, da incidência da regra da adequação busca-se aferir se “a medida adoptada para a realização do interesse público [...] [é] *apropriada* para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”⁵¹.

De qual questionamento pode decorrer a resposta acerca da adequação de determinada medida para a finalidade objetivada? A solução é apresentada por Wilson Antônio Steinmetz, para quem o “exame da adequação do esquema meio-fim tem carácter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido”⁵². Consoante expõe Luís Virgílio Afonso da Silva, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”⁵³.

⁴⁸ STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 149.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 382.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 383.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 382-383.

⁵² STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 150.

⁵³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 37.

No ramo jurídico criminal o questionamento oportuno para verificar se a tutela penal é adequada e idônea é se “a intervenção penal é apta a atingir o fim atribuído ao direito penal”⁵⁴. Pode-se, assim, identificar inadequações entre a lei quando considerada abstratamente e, por outro lado, quando da sua aplicabilidade ao caso concreto, conforme reflete Alice Bianchini.

Uma lei, portanto, quando de sua edição, pode parecer adequada, mas, no momento da sua aplicação concreta, ou porque as circunstâncias se alteraram, ou porque deixou-se de considerar questões relevantes e de implicação prática direta, pode ocorrer de ela não se apresentar apta a contribuir para o fim instituído.⁵⁵

Em vista disso, a sub-regra da adequação implica o exercício reflexivo e argumentativo acerca da idoneidade e aptidão da medida para contribuir na concreção do objetivo pretendido. Contribuindo de qualquer modo para a promoção ou o fomento da finalidade objetividade, haverá a adequação.

4.2 Necessidade

O segundo elemento pré-estabelecido e pré-ordenado para a percepção da proporcionalidade da lei ou ato restritivo de direitos fundamentais é a necessidade. Esse elemento, segundo estabelece Paulo Bonavides, indica que a “medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária”⁵⁶. Reportando-se ao francês Xavier Philippe, expõe a máxima de que “de dois males, faz-se mister escolher o menor”⁵⁷.

Diante disso, José Joaquim Gomes Canotilho estatui que a regra da necessidade está calcada “na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*”⁵⁸. O exame da necessidade, portanto, é comparativo, conforme discorre Luís Virgílio Afonso da Silva.

⁵⁴ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. p. 118.

⁵⁵ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. p. 118.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 397.

⁵⁷ PHILIPPE, Xavier apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 397.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 383.

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.⁵⁹

A aplicação do elemento da necessidade na seara penal pressupõe o exercício comparativo, por um lado, entre a magnitude do bem jurídico ofendido e a gravidade da lesão, e, por outro, a severidade e conseqüências da medida repressiva penal, devendo-se sopesá-las.

Para justificar a perda ou privação de um direito fundamental, sobretudo o da liberdade individual, não há dúvida de que a proporcionalidade (necessidade) e a justiça exigem uma ofensa a outra liberdade de igual ou maior relevância.⁶⁰

Destarte, conforme aprecia Alice Bianchini, “o Estado somente está autorizado a se utilizar do arsenal punitivo quando, para a obtenção de determinados fins, inexistente qualquer outro meio menos oneroso para o cidadão”⁶¹. Desse entendimento se extrai o fundamento constitucional do caráter fragmentário e subsidiário do Direito penal, o qual somente deve ser invocado, respectivamente, para a tutela das lesões mais graves e intoleráveis aos bens jurídicos mais relevantes, e, ainda assim, unicamente quando os outros ramos do Direito não bastarem para as suas tutela e sanção.

4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O último filtro para a aferição do caráter proporcional de uma lei ou ato restritivo de direito fundamental é a apreciação da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, na qual “Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”⁶².

⁵⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. p. 38.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

⁶¹ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. p. 83.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 383.

A regra, portanto, pressupõe que “na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional”⁶³. Logo, para que uma medida “seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”⁶⁴.

O diagnóstico acerca da proporcionalidade em sentido estrito na via penal exige que se questione se “*existe proporcionalidade entre o custo individual ou social da medida infligida ao indivíduo e o benefício que ela institui à coletividade*”⁶⁵.

[...] [A proporcionalidade em sentido estrito] representa a confrontação entre o peso do sacrifício que determinada restrição de direitos fundamentais implica para o indivíduo afetado e os benefícios daí advindos para o estabelecimento de determinado interesse individual ou coletivo. Este aspecto do princípio da proporcionalidade ocupa-se da idoneidade do meio repressivo⁶⁶.

Destarte, uma medida tida como excessiva, injustificada ou desproporcionada enseja a declaração de sua inconstitucionalidade. Tratando-se, pois, de lei, deve-se tê-la como inválida, ainda que vigente. Isso porque no Estado Democrático e Constitucional de Direito, para que surta efeitos, não basta a vigência da lei. Exige-se-lhe validade, a qual somente pode ser apurada através da aplicação da regra da proporcionalidade através da incidência de seus elementos.

Considerações Finais

Diante do conteúdo discorrido, considera-se, afinal, que – na concepção normativa de Robert Alexy – princípios e regras são espécies do gênero norma. Todo princípio e toda a regra, portanto, são normas jurídicas. A

⁶³ STEIMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. p. 152.

⁶⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. p. 41.

⁶⁵ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. p. 118.

⁶⁶ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. p. 83.

proporcionalidade, nessa teoria, não representa um princípio, mas uma regra jurídica.

Proporcionalidade e razoabilidade não são categorias sinônimas, apesar de comumente empregadas como se fossem. Entre elas há diferenças estruturais e de origem muito significativas. A razoabilidade é aplicada sem uma estrutura pré-estabelecida. Sua aplicabilidade centra-se na mera exigência de que a medida seja razoável.

Já a proporcionalidade apresenta elementos ou sub-regras pré-definidas, as quais devem ser empregadas subsidiariamente. São elas a adequação (capacidade do meio empregado para fomentar ou contribuir no desenvolvimento ou progresso do fim pretendido), a necessidade (o meio empregado deve ser o menos oneroso ou o que menos sacrifique o cidadão), e a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento entre o peso dos valores envolvidos).

A proporcionalidade deve servir como um norte balizador para o legislador na produção do Direito. *Pari passu*, é instrumento jurídico para o controle da constitucionalidade de leis e atos restritivos de direitos fundamentais pelo órgão julgador. Destarte, diante da constatada desproporcionalidade deve o julgador declarar a inconstitucionalidade da medida, delimitando-a como inválida, ainda que vigente. É, pois, mecanismo essencial na aplicação do Direito para a garantia de direitos fundamentais.

Referência das fontes citadas

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Napoleão Bernardes. Aspectos introdutórios à teoria normativa de Robert Alexy e a máxima da proporcionalidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Vigência e validade da lei. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1335, 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9534>>. Acesso em: 26 fev. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e Comunicação**. 2 ed. Florianópolis: Plus Saber Editora, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 9 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-49, abr. 2002.

STEIMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.