

A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: UMA REVISITAÇÃO DO TEMA À LUZ DAS PREMISSAS DOCTRINÁRIAS

THE RULE OF PROPORTIONALITY: A REVISIT OF THE
THEME IN THE LIGHT OF DOCTRINAL PREMISES

LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD: UNA REVISIÓN
DEL TEMA A LA LUZ DE LAS PREMISAS DOCTRINALES

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Metodologia; 3. A distinção entre regras e princípios; 3.1 A distinção entre regras e princípios nas lições de Robert Alexy; 3.1.1 O conflito entre regras; 3.1.2 A colisão entre princípios; 3.1.3 O caráter *prima facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras; 3.1.4 Regras e princípios enquanto razões; 3.1.5 O critério da generalidade; 3.2 As demais lições doutrinárias acerca da distinção entre regras e princípios; 3.3 Os direitos fundamentais como regras e como princípios nas lições de Lothar Michael; 4. A proporcionalidade; 4.1 Breve relato histórico; 4.2 A conceitualização doutrinária da proporcionalidade; 4.3 Subprincípios da proporcionalidade; 5. A proporcionalidade enquanto regra ou princípio; 6. conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem por escopo revisar o tema das regras e princípios, explorando, delineando e apresentado os seus conceitos, especialmente a distinção entre essas normas de direitos fundamentais, para, então, adentrar no tema da proporcionalidade, demonstrando a divergente posição doutrinária

Como citar este artigo:

DUARTE, Joel,
DE OLIVEIRA,
Jadson. A regra da
proporcionalidade:
uma revisitação
do tema à luz das
premissas doutrinárias.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 397-428

Data da submissão:
08/05/2021

Data da aprovação:
03/08/2023

acerca de sua classificação enquanto regra ou princípio e, introduzindo também o seu conceito e especificidades, estabelecer uma conclusão pela classificação mais adequada, recorrendo-se, para tanto, especialmente, à pesquisa bibliográfica e documental, além de publicações em periódicos, artigos científicos, dissertações sobre o tema.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to revisit the theme of rules and principles, exploring, outlining and presenting their concepts, in addition to the distinction between these norms of fundamental rights, to then enter the theme of proportionality, demonstrating the divergent doctrinal position on its classification as a rule or principle and, also introducing its concept and specificities, establish a conclusion by the most appropriate classification, using, especially, bibliographic and documentary research, in addition to publications in journals, scientific articles, dissertations on the theme.

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo revisar el tema de las reglas y principios, explorando, delineando y presentando sus conceptos, especialmente la distinción entre estas normas de derechos fundamentales, para luego adentrarse en el tema de la proporcionalidad, demostrando la divergente posición doctrinaria acerca de su clasificación como regla o principio e introduciendo también su concepto y especificidades, estableciendo una conclusión sobre la clasificación más adecuada, recurriendo para ello especialmente a la investigación bibliográfica y documental, además de publicaciones en revistas, artículos científicos y tesis sobre el tema.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípios; Regras; Distinção; Conflito; Colisão; Proporcionalidade.

KEYWORDS:

Principles; Rules; Distinction; Conflict; Collision; Proportionality.

PALABRAS CLAVE:

Principios; Reglas; Distinción; Conflicto; Colisión; Proporcionalidad.

1. INTRODUÇÃO

As normas constitucionais são consideradas como normas de direito fundamental, se inscritas na seção assim intitulada pela Carta Constitucional de 1988, bem como, quando forem garantidoras de direitos individuais ou refletirem normas de direitos fundamentais atribuídas, advindas de precedentes jurisprudenciais apoiados em normas “diretas” de direitos fundamentais.

Como se sabe, o caráter aberto das normas constitucionais, mormente no que tange os direitos fundamentais, enseja dificuldades de várias ordens. Estruturalmente, as normas de direito fundamental podem ser de dois tipos: regras ou princípios.

O Direito e o ordenamento jurídico se assentam em valores e interesses sociais relevantes que se projetam em princípios. Os direitos fundamentais, portanto, consiste em um conjunto de princípios, complementados por regras.

O conceito, delimitação, conteúdo essencial e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais podem variar segundo o conceito de princípio ou regras que se adote, assim como, são também as críticas às teorias da eficácia das normas constitucionais determinadas a partir desses conceitos.

Bem assim, o conceito de conflitos normativos é alvo de diversos debates doutrinários, especialmente no caso das colisões entre normas e contradições normativas. Por este motivo, é imperioso estudar o conflito normativo à luz do conflito entre regras e colisão entre princípios.

A análise da abordagem doutrinária das regras e princípios, bem como, da proporcionalidade é o objeto do presente trabalho, que aborda a temática trazendo o escopo de, revisitando o tema, estabelecer uma conclusão pela classificação mais adequada da proporcionalidade enquanto princípio ou regra.

Para atingir o fim acima delineado, incursiona-se, no primeiro capítulo, pela conceituação e lições doutrinárias acerca de princípios e regras e sua distinção, assim como, apresenta as lições de Robert Alexy acerca dos conflitos e colisões, para ao final, apresentar um compilado de lições doutrinárias acerca do tema.

No capítulo seguinte, discorre sobre a proporcionalidade, fazendo uma breve introdução histórica e, na sequência, apresentando o conceito

e especificidades do princípio (regra da proporcionalidade), tratando, inclusive, dos seus subprincípios.

Reservando-se, no capítulo seguinte, a discorrer sobre a proporcionalidade enquanto princípio, regra, postulado ou máxima, para situar o leitor acerca da existência de divergência doutrinária quanto à sua classificação, de modo que, ao final, possa concluir o presente trabalho pela adoção do conceito mais adequado.

O tema a ser desenvolvido ao longo do trabalho possui inequívoca relevância, aferível no efetivo interesse que desperta no campo doutrinário e jurisprudencial e por afetar diretamente interesses de feições que norteiam todo o ordenamento jurídico vigente, haja vista que, sem aprofundar a investigação acerca das regras, princípios e da proporcionalidade no ordenamento jurídico, não é possível compreender a natureza, essência e rumos dos direitos fundamentais na contemporaneidade.

2. METODOLOGIA

No que concerne à metodologia, esta visou obter uma compreensão abrangente do estado atual do conhecimento sobre o assunto em questão.

Com isso, o presente artigo utiliza-se do método de pesquisa bibliográfica, partindo-se da análise das lições de Robert Alexy, em razão da expressiva influência na Teoria dos Princípios, sendo um dos autores mais debatidos e influentes deste campo.

Propõe-se ainda a utilização do método logico-dedutivo desenvolvido por Popper (2004). De acordo com o autor (Popper, 2004, p. 19-22), todo conhecimento inicia com um problema, o que acontece também na pesquisa científica.

Enquanto método de procedimento foi utilizada a pesquisa explicativa, sendo realizada a estruturação do estudo de forma colaborativa entre as fontes secundárias e terciárias, através de livros, manuais e artigos, tendo o autor, através dos meios citados, buscado enquanto fonte aprofundada da coleta de dados para o desenvolvimento das teorias expostas a pesquisa através da bibliografia.

Bem assim, partiremos das teses popperianas (Popper, 2004, p. 28) no desenvolvimento dos conceitos relativos à verdade e à explicação, que tornam possível a análise do conceito da “aproximação da verdade” e do “poder explicativo” ou “conteúdo explicativo” de uma teoria.

Neste passo, a análise precisa dos livros e artigos do autor Robert Alexy foram fontes essenciais e enriquecedoras para produção do presente artigo, possibilitando uma visão crítica do leitor quanto ao tema em questão.

Para garantir a representatividade e abrangência da pesquisa, foram utilizadas tanto fontes nacionais como estrangeiras. Isso possibilitou tratar dos aspectos intrínsecos às regras, princípios e proporcionalidade de forma mais completa, considerando diferentes contextos e abordagens teóricas.

Destarte, para a materialização da presente pesquisa, buscou-se a utilização de fontes de pesquisa bibliográficas e documentais, decorrente do cunho hegemonicamente doutrinário das premissas acerca do panorama de estudo proposto, recorrendo-se às doutrinas nacionais e estrangeiras para tratar dos aspectos intrínsecos ao estudo das regras, princípios e proporcionalidade.

3. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

Como bem asseveram Gilmar Mendes e Paulo Branco, as normas constitucionais pertencem a um sistema normativo que “lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico” (Mendes e Branco, p. 71).

Estruturalmente, como dito anteriormente, as normas podem ser enquadradas em dois tipos normativos: regras e princípios.

A fim de delinear as nuances do estudo das regras e princípios, apresentaremos, primeiramente e de forma mais aprofundada, as lições de Robert Alexy, tanto em razão da expressiva influência na Teoria dos Princípios como, mormente, por servir de embasamento aos demais posicionamentos que serão apresentados após em um compilado doutrinário.

3.1 A distinção entre regras e princípios nas lições de Robert Alexy

Ao apresentar lições acerca das normas de direito fundamentais, Robert Alexy esclarece que diversas são as diferenciações teórico-estruturais possíveis, todavia, para a teoria dos direitos fundamentais, a de maior importância é a distinção entre regras e princípios.

Isso porque, na concepção do autor, através da aludida distinção, soluciona-se não apenas problemas como os efeitos dos direitos fundamen-

tais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento, mas também constitui “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”. (Alexy, p. 85)

As normas de direitos fundamentais são comumente caracterizadas como princípios. Porém, faz-se referências a estas como regras, quando se afirma que a Constituição “deve ser levada a sério como lei”. Contudo, “essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões. O que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção”. (Alexy, p. 86)

Como Alexy faz questão de destacar em suas lições, existe uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos e tratar ambos os conceitos em questão, regra e princípio, como normas, pois ambos ditam o que “deve ser”.

A fim de distinguir essas normas entre si, utiliza-se, com mais frequência, o critério da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. (Alexy, p. 87)

Em nota de rodapé, Alexy esclarece, porém, que o conceito de generalidade de uma norma tem que ser estritamente distinguido do conceito de universalidade. Assim, a despeito de ser uma possibilidade mais genérica do que a autora, as normas são universais, pois se aplicam a todos os indivíduos de uma classe aberta.

Além do critério da generalidade, Alexy entende como outros possíveis: “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para ordem jurídica. (Alexy, p. 88)

Ademais disso, os princípios e regras também podem ser diferenciados “com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.”. (Alexy, p. 89)

Com base nesses critérios, o autor elucida três teses distintas acerca da diferenciação entre regras e princípios: a *primeira* “sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos

princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso”; a *segunda*, por sua vez, salienta que apesar de ser possível a diferenciação, esta é somente de grau; enquanto a *terceira*, - tese que o autor considera correta -, “sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”. (Alexy, p. 90)

Nesse sentido, Alexy apresenta a classificação de princípio como mandamentos de otimização, explicando que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

Assim, esta seria a principal diferença entre regras e princípios, vez que estes “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, enquanto as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. (Alexy, p. 91)

Segundo o autor, sendo válida a regra, deve ser feito exatamente aquilo exigido por ela, razão pela qual diz que as regras contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”

Dessa forma, o autor conclui que a distinção entre regras e princípios é, não de grau, mas sim qualitativa, reafirmando que “toda norma ou é uma regra ou um princípio”. (Alexy, p. 91)

Outra hipótese nas quais se visualiza mais facilmente a distinção entre os princípios e regras é nos casos de colisões daqueles e conflitos destas, situação em que, conforme ensina Alexy, o que ocorre é o fato de duas normas, aplicadas isoladamente, levarem a resultados contraditórios. E a forma de solução dessa contradição no caso de conflitos ou colisão é outra forma de diferenciar as regras dos princípios.

3.1.1 O conflito entre regras

Alexy apresenta estudos acerca da solução dos conflitos também com o fim de diferenciar os princípios das regras, afirmando que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”

Todavia, o autor faz questão de esclarecer que, não sendo possível

esse tipo de solução através da cláusula de exceção, necessariamente uma das regras deverá ser invalidada e, portanto, retirada do ordenamento jurídico, pois, “ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é.” (Alexy, p. 92)

No que concerne à forma como deverá se solucionar o conflito na hipótese de não ser possível a cláusula de exceção, o autor destaca que a invalidade deverá respeitar regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogati legi generali*, como também, pela importância de cada regra em conflito.

3.1.2 A colisão entre princípios

Em sentido diametralmente oposto ao que se vislumbra no conflito entre regras, quando a situação contraditória recai sobre princípios, “um dos princípios terá que ceder”. Apesar disso, explica Alexy o princípio cedente não deve ser declarado inválido e tampouco deverá ser inserida nele uma cláusula de exceção. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (Alexy, p. 93)

Através disso, é possível compreender que, enquanto “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade”, as colisões entre princípios “ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (Alexy, p. 94)

O que Alexy afirma veemente, é que não se pode solucionar uma colisão entre conflitos com base numa precedência absoluta de um deles sobre o outro. Mas sim, “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes” cujo objetivo é “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”

Tem-se, pois, que, diferentemente do que ocorre com o conflito de regras, não se invalida um dos princípios e tampouco se inclui uma cláusula de exceção em algum deles, mas estabelece-se uma “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”

Faz-se mister, por ora, esclarecer que do sopesamento dessas normas conflitantes, advém normas de direitos fundamentais atribuídas.

Alexy faz referência a essas normas, que são aquelas que, apesar de não ser diretamente estabelecida pela Constituição Federal, possuem uma

correta fundamentação referida a direitos fundamentais, para explicar que “se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se pressupõe-, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva”, e, diante disso, o autor afirma que de todo 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. (Alexy, p. 100)

Com isso, o autor pretende esclarecer que, ainda que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas (pela constituição) tivessem estrutura de princípio, o que não ocorre, haveria ainda normas de direitos fundamentais com ambas as estruturas, tanto de regras quanto de princípios. Considerações essa, que Alexy entende conduzir à “aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais”. (Alexy, p. 103)

3.1.3 O caráter *prima facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras

Como não poderia ser diferente, diante do que fora apresentado até agora, decorre-se o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

Enquanto os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e, dessa forma, “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”, as regras “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam” e possuem “uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”. (Alexy, p. 104)

Dito isso, o Alexy aduz que poderia se pensar que “os princípios tem sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo”. Tanto é, que essas são as lições de Dworkin, quando ensina que “regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão”, mas em seu entendimento, o autor considera inadequado, por ser muito simples e carente de um modelo diferenciado. (Alexy, p. 104)

Tal necessidade de um modelo diferenciado, na concepção de Alexy, decorre “da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso” e, ocorrendo tal situação, “a regra perde seu caráter definitivo”.

Apesar do que, o autor entende que não é possível ter absoluta certeza de que, “em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção. Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção”. (Alexy, p. 104)

Todavia, como ele bem conclui em suas lições, “as regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito”, porém, o “caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo é muito diferente daqueles dos princípios”. (Alexy, p. 105)

Nesse sentido, como Alexy ensina, diferentemente dos princípios, que cedem lugar a outros que, no caso concreto, possuem peso maior, a regra não é superada simplesmente quando se atribui peso maior ou menor ao princípio que a sustenta ou conflita com este.

É imprescindível, nesta situação, que sejam “superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”. (Alexy, p. 105)

Tais princípios, por sua vez, são denominados “princípios formais” e, segundo o autor, quanto mais peso se atribui a estes princípios, mais forte é o caráter *prima facie* das regras deles advindas, e “somente quando se deixa de atribuir algum peso a este tipo de princípios, é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*”. (Alexy, p. 105)

Destaca o texto, contudo, que o fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios não o aproxima do caráter *prima facie* das regras, haja vista que o “caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou determinadas classes de princípios”. (Alexy, p. 106)

O que autor afirma, nessa situação, é que “somente a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras” e “mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de prece-

dência no caso concreto” e, por este motivo, regras e princípios possuem caráter *prima facie* distinto. (Alexy, p. 106)

3.1.4 Regras e princípios enquanto razões

Reafirmando o entendimento anteriormente apresentado, Alexy demonstra ainda, que regras e princípios são razões de naturezas distintas pois, enquanto princípios são sempre razões *prima facie*, as regras, não havendo o estabelecimento de exceções, são razões definitivas. (Alexy, p. 106)

Ainda assim, o autor faz questão de elucidar que regras e princípios são razões para ações ou razões para normas e, “enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais e/ou individuais. (Alexy, p. 107)

Diferentemente do entendimento de Raz, que considera normas razões para ações, Alexy considera que regras e princípios são razões para normas e, em que pese, afim de diferenciar regras e princípios, há quem estabeleça que princípios são razões para regras e somente para regras, Alexy há por bem em discordar, posto que, nesse caso os princípios não poderiam servir de esteio pra decisões, o que ocorre.

Dito isso, Alexy compreende que “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas”. Mas, ainda assim, entende como um ponto acertado, que princípios sejam considerados também como razões para regras, pois difere o caráter das regras e dos princípios como “razões para juízos concretos do dever-ser”. (Alexy, p. 107)

Assim, o autor considera regra como “razões definitivas” pelo fato de serem razões para um determinado juízo concreto, e os princípios como “razões *prima facie*”, pois, isoladamente, refletem apenas direitos *prima facie*. E, conquanto o princípio possa percorrer um caminho de razão *prima facie* para razão definitiva, tal caminho se dá através da definição de uma regra, conforme determina a lei de colisão.

Isto posto, com esteio nas lições de Esser e Kant, Alexy conclui que “em si mesmos, princípios nunca serão razões definitivas”. (Alexy, p. 108)

3.1.5 O critério da generalidade

Segundo Alexy, princípios “são relativamente gerais, porque ainda

não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo” e, quando estivessem efetivamente nessa relação é que se chegaria a um sistema diferenciado de regras. (Alexy, p. 108)

Todavia, o ilustre professor faz questão de deixar claro que “a existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto” e, normas como essas são comumente tidas como princípios, apesar de não serem, o que exemplifica que a teoria da generalidade leva ao “desvio do uso corrente da linguagem”. (Alexy, p. 109)

Por este motivo, esclarece que as razões para atribuir inúmeras características aos princípios são óbvias, como o conteúdo axiológico mais facilmente identificado e sua importância substancial ao ordenamento enquanto razões decisivas para regras e sua relação à ideia de direito, que “decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral ao mais especial”. E, principalmente, que “a contraposição dos princípios, enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normais ‘criadas’ deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita. (Alexy, p. 109)

3.2 As demais lições doutrinárias acerca da distinção entre regras e princípios

A doutrina pouco diverge das lições de Alexy, que, em razão do pioneirismo e brilhantismo, por vezes é o embasamento teórico dos posicionamentos dos demais doutrinadores.

Para Gilmar Mendes e Paulo Branco, “tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de categorias deontológicas comuns às normas – o mandado, a permissão e a proibição”. (Mendes e Branco, p. 72)

Quanto à sua distinção, muito comumente emprega-se a generalidade e abstração como critério, quando os princípios seriam normas mais abertas e abstratas do que as regras. Bem como, que princípios refletiriam normas que carecem de mediação concretizadora pelo legislador, ao passo em que, regras seriam aplicadas imediatamente. (Mendes e Branco, p. 72)

Para os autores, “a separação entre regras e princípios é sugerida como sendo devedora do critério da importância da norma para o conjunto do ordenamento jurídico, especialmente sob o aspecto de ser a nor-

ma o fundamento de outras normas, quando então integraria a modalidade do princípio”. (Mendes e Branco, p. 72)

Diferentemente das regras, nas lições de Mendes e Branco segundo Canotilho, os princípios desempenhariam função argumentativa, vez que são mais abrangentes que as regras e assinalam padrões de justiça e, assim, tornam-se instrumentos norteadores da razão de ser de uma regram ou de outro princípio menos amplo. (Mendes e Branco, p. 72)

Em outra perspectiva, porém, o ceticismo dos que consideram a pluralidade de normas um obstáculo à situação da norma em uma ou outra classe também reflete em posicionamentos doutrinários que sustentem a diferença entre regra e princípio apenas em nível de “grau”, posicionamento que não representa notável expressão e, por isso, faz-se despidianda a apresentação.

Dworkin, por sua vez, propõe fazer uma releitura dos ensinamentos de Hart, a partir do reexame dos conceitos por ele oferecido, afirmando que “denomina de ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, bem como “denomina de ‘princípio’ um padrão que estabelece um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, p. 39)

Faz-se mister esclarecer, porém, que segundo Alexy, princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto coletivos e, como tais, carecem da “criação ou manutenção de situações que satisfaçam critérios que vão além da validade ou satisfação de direitos individuais”.

Diferentemente de Dworkin, que define princípios apenas como “aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais”, enquanto normas que se refiram a interesses coletivos “são por ele denominadas como ‘políticas”.

Mas, apesar disso, Alexy conclui que “não é nem exigível e nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual” e que as características lógicas comuns a ambos os princípios, que versem sobre direitos individuais ou coletivos, “aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios e indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio”.

Jorge Miranda afirma que os princípios “aditem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis”. Todavia, nem por isso o legislador ou operador jurídico pode deixar de lhes dar o devido cumprimento. (Miranda, p. 267)

Para Paulo Bonavides, com homenagens à Luís-Diex Picazo, a ideia de princípio advém da premissa de “onde designa as verdades primeiras”, e, portanto, são “princípios” premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”. (Bonavides, p. 260)

Seguindo essa compressão, Bonavides, apresenta lições de Picazo que consideram os princípios como “critérios de inspiração às leis ou normas concretas” de um Direito Positivo e, ainda, como “normas obtidas mediante processo de generalização e decantação dessas leis”.

Todavia, o autor entende por deveras defeituosa essa e outras conceituações de princípios que desconsiderem o traço de sua normatividade.

Sendo assim, considerando sólida e excelente a conceituação de Crisafulli, Bonavides apresenta princípio como “toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.”

Em suas lições, o autor reafirma as teses de Alexy para instituir a distinção entre regras e princípios, conceituando ambos enquanto normas, sem deixar de destacar os demais critérios distintivos presentes da doutrina estrangeira, que no presente estudo não se mostram relevantes, mas, a título de informação, apresenta-se: a “determinabilidade dos casos de aplicação”, de Esser; o da origem; da diferenciação entre normas criadas e medradas, de Schuman e Eckhoff; o da explicação do teor de valoração, de Canaris; o da relação com a ideia de Direito, de Larenz, ou com a lei suprema do Direito, de H. J. Wolff; e o da importância que tem para a ordem jurídica, de Peczenik e Ziembinski.

Bonavides repisa, ainda, as lições de Dworkin, para quem a distinção entre regras e princípios é também ponto central da concepção de normas jurídicas. Como bem assevera o autor, e, como anteriormente exposto, os ensinamentos de Dworkin em muito se coaduna com as lições de Alexy.

Para Dworkin, as regras se aplicam da maneira “tudo ou nada”. Assim, “se ocorrerem os fatos por elas estipulados, a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a

regra nada contribuirá para a decisão”. (Bonavides, p. 288)

Dworkin, apresentando exemplos de casos e decisões jurídicas, afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”, porque “as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (...)” (all-or-nothing-fashion), que é mais visível no estudo do funcionamento das regras, bem como deve ser interpretado a partir de uma dimensão de validade e aceitação.

Ainda, ressalta-se que a regra pode ter uma ou mais exceção, mas, mesmo quando estão presentes, não funcionam como princípio, porque não apresentam consequências jurídica diretas. Mantendo-se na natureza lógica, Dworkin assegura que os princípios possuem uma dimensão – importância – que as regras não possuem. (Dworkin, p. 41)

Esse conceito de tudo ou nada, portanto, é incompatível com a dimensão de peso, que é inerente à natureza do princípio e somente estes possuem. Bem como previu Alexy, Dworkin infere que um princípio “aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado”, o que não ocorreria num sistema de regras, posto que uma não possui mais peso que a outra e não se admite a prevalência de uma sobre outra. (Bonavides, p. 288)

Até porque, existindo um conflito entre princípios, dever-se-á levar em consideração a “força relativa” de cada um. Assim, as regras não possuem a referida dimensão, pois são “funcionalmente” (des)importantes, sendo, em caso de conflito, uma mais importante para regulamentar o comportamento em questão. (Dworkin, p. 43)

Contudo, ainda esclarecem que os sistemas jurídicos podem prevê regras próprias para regulamentar os conflitos das regras, à exemplo, de temporalidade da promulgação ou, também, qual a sustentação principiológica é mais importante (Dworking, p. 44)

Lothar Michael e Martin Morlok também distinguem as normas fundamentais entre regras e princípios. Para os autores, as regras “são sempre aplicadas quanto se verificarem os pressupostos que nelas são definidos normativamente. (Michael, p. 60)

Para Virgílio Afonso da Silva, a principal distinção entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que cada um desses assegura, de sorte que regras são garantidoras de direitos definitivos (ou impositoras de deveres), ao passo em que, princípios são garantidores de direitos *prima*

facie, o que considera segundo a teoria dos princípios.

Em outras palavras, da Silva considera que “se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente”, enquanto nas normas principiológicas, “em geral a realização é apenas parcial”, porquanto “no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. (Silva, p. 45)

Assim como Alexy, da Silva considera princípios como mandamentos de otimização que podem ser realizados em diversos graus, sendo que, preferencialmente, deverão buscar a “máxima realização”, o que pode não ser possível por faltar-lhes a condição jurídica ideal, diferentemente do que ocorre no caso das regras, que independem das condições jurídicas do caso concreto, do que decorre as diferentes formas de aplicação dessas duas normas jurídicas: o sopesamento e a subsunção. (Silva, p. 46)

Quanto aos conflitos entre regras, da Silva apresenta o conhecido raciocínio do “tudo ou nada” para determinar que, quando duas regras preveem consequências jurídicas diferentes para o mesmo fato, há necessariamente a invalidade de uma delas no todo ou em parte, inexistindo a possibilidade de “relativização”. (Silva, p. 47)

Apesar disso, quando se verificar uma incompatibilidade apenas parcial entre as regras, institui-se uma cláusula de exceção, o que não significa qualquer relativização, mas sim que, apenas na hipótese de ocorrer ato/fato atribuído naquela exceção, uma regra é válida e a outra não, em todos os outros casos em que seus preceitos não são incompatíveis, ambas as regras permanecem válidas.

Assim, na hipótese de conflito entre duas regras jurídicas, há de se resolver no plano da validade, sempre que a incompatibilidade for total, deverá ser uma das regras declarada inválida. E, quando a incompatibilidade for parcial, poderá se instituir uma cláusula de exceção, com declaração parcial de invalidade. (Silva, p. 49)

Neste mesmo sentido, Michael explica que “se uma regra colidir com uma regra contrária, então actuam regras próprias que decidem este conflito, as chamadas regras de colisão”. São essas, a de hierarquia, anterioridade e especialidade. (Michael, p. 61)

Diferentemente do que ocorre com as regras, na colisão entre princípios, da Silva ensina que deverá ser resolvido através de relações condicio-

nadas de precedência, haja vista que são estes mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível. Um princípio não pode estabelecer exceção ao outro, mas poderá prevalecer sobre o outro, quando se considera a relação de precedência. (Silva, p. 50)

Michael compartilha da mesma compreensão quando afirma que na colisão entre princípios, um deles “não se impõe plenamente conforme uma regra de colisão, excluindo o outro. Pelo contrário, procura-se deixar que ambos os princípios se desenvolvam o mais possível”. (Michael, p. 61)

Para o autor, aqui se tem a “otimização” dos dois objetivos, sem que um suprima completamente o outro e, apesar de se ponderar “até que ponto se pode realizar um deles”, nenhum deles será de logo sacrificado e, por tanto, são os princípios preceitos de otimização.

Apesar disso, o autor esclarece que os princípios são relativamente abstratos e, por isso, muitas vezes não se consegue “verificar se uma situação de fato é abrangida ou não por eles”, de sorte que os princípios carecem de especificação, o que se realiza, normalmente, por meio de lei. (Michael, p. 61)

Ao passo em que, quando os direitos fundamentais se dão através das regras, para Michael, seu efeito jurídico “é uma consequência obrigatória da subsunção”, mas, ao extraí-los de princípios, seu efeito jurídico se observa no caso concreto, da ponderação entre outros princípios.

Uma novidade apresentada nas lições de da Silva em relação aos estudos de Alexy, é a colisão entre regras e princípios.

Nesses casos, da Silva explica que nenhuma das soluções anteriores é adequada, seja a de conflito entre regras ou de colisão entre princípios. Para o autor, a resposta mais comum seria um sopesamento entre o princípio e a regra.

Contudo, esse sopesamento não se refere especificamente à regra e ao princípio, mas sim ao princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, o princípio norteador da regra em conflito.

Ainda assim, da Silva critica tal solução por considerar que “o aplicador do direito está sempre livre para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento”, o que, por sua vez, acarreta um elevado grau de insegurança jurídica. (Silva, p. 52)

3.3 Os direitos fundamentais como regras e como princípios nas lições de Lothar Michael

Em que pese a distinção entre regras e princípios e o estudo da proporcionalidade e sua classificação enquanto regra ou princípio seja o objeto principal da presente pesquisa, em razão da didática e excelência com a qual discorre sobre os direitos fundamentais enquanto regras e princípios, merecem destaque as lições de Lothar Michael.

Assevera o autor, que pelos defensores da teoria “apolítico-liberal”, exige-se que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais se interprete de maneira estática e restrita, “isentos de ponderação” no que tange seu conteúdo mínimo. Dessa forma, pelo estudo anteriormente apresentado, os direitos fundamentais deveriam se concretizar enquanto regras.

Para Michael, tal teoria seria positiva na garantia absoluta de determinados conteúdos essenciais, na simplicidade da forma de lidar com os direitos fundamentais e na previsibilidade dos resultados advindos da aplicação dos direitos fundamentais, mormente porque a avaliação se daria por um processo político. (Michael, p. 63)

Todavia, o autor faz questão de destacar que as normas de direitos fundamentais “não podem, de modo algum, ser absolutizadas “em termos fundamentalistas que as avaliações são, por vezes, deslocadas para o âmbito de proteção e encobertas, em vez de serem expostas como ponderação necessária”. (Michael p. 63)

Contrários à esta posição, por sua vez, tem-se os defensores da teoria “político-social”, que “interpretam os âmbitos de proteção de maneira tipicamente ampla e dinâmica, mas submetem sua garantia a uma ponderação”.

Neste cenário, “enquanto princípios, os direitos fundamentais são relativizados no caso de colisão, para otimizar globalmente o nível dos direitos fundamentais” o que, para o autor, faz com que o seu conteúdo essencial não seja entendido “de maneira absoluta mas relativa, porque a essência dos direitos fundamentais reside na sua qualidade de princípios de ponderação”. Apesar disso, tal concepção, porém, não implica na arbitrariedade subjetiva, mas dá origem à proibição do excesso, ponderação e à proporcionalidade. (Michael, p. 63)

Enquanto vantagens desta teoria, o autor considera “a abrangência a realidade dos direitos fundamentais em comparação a outros valores não

menos fundamentais”, bem como, o fato de sua metodologia se fundar em processos de ponderação inevitáveis, de modo que os efeitos dos direitos fundamentais “se propagam e se otimizam”.

Também aqui, porém, o autor destaca que certos conteúdos essenciais acabam por ser relativizados, o que reflete flagrante prejuízo a efetividade dos direitos fundamentais.

O que o autor conclui, portanto, é que “a metodologia orientada pelas regras e a metodologia orientada pelos princípios não se excluem categoricamente” mas devem ser apreciadas em conjunto, porquanto “os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios que são susceptíveis e necessitados de ponderação”, mas, dentro desses, deve se considerar também a existência de princípios que não se devem ponderar em prol de todo e qualquer interesse público, mas somente em determinados interesses. (Michael, p. 64)

Por assim dizer, o autor apresenta a doutrina dos limites dos direitos fundamentais, através da qual, existem regras sobre quais os interesses e com que direitos fundamentais podem ser ponderados os princípios e, neste aspecto, “as regras estão antepostas à ponderação de princípios”. Bem assim, inúmeras vezes os resultados da ponderação dos princípios também se exprimem como regras, quando se tratar de casos típicos e clarividentes. (Michael, p. 65)

Gilmar Mendes e Paulo Branco, em igual sentido, expressam que “as constituições, hoje, são compostas de regras e princípios. Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade (...) um sistema que consagrasse apenas os princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações”, face ao caráter aberto dos princípios. (Mendes e Branco, p. 75)

4. A PROPORCIONALIDADE

4.1 Breve relato histórico

Segundo ensina Bonavides, “o princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo”, presente há mais de 200 (duzentos) anos, cujo a aplicação se dá, normalmente, no Direito Administrativo. (Bonavides, p. 407)

Os postulados liberais da proporcionalidade podem ser encontrados antes mesmo da vigência direta dos direitos fundamentais, no direito

policial dos séculos XVIII e XIX. Em Aristóteles, a ideia de proporcionalidade se apresentou desde logo como ideal de justiça. (Michael, p. 482)

De sua origem até a configuração hodierna, a proporcionalidade “acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito” e com o intuito de exercer controle sobre o poder monárquico ilimitado. Assim, considera-se o “germe” da proporcionalidade a pretensão de dar garantias à liberdade individual, decorrentes das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII. (Suzana de Toledo Barros, p. 37)

Como bem assevera Miranda, “a ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas: a reação deve ser proporcional à ação e a distribuição das coisas deve fazer-se com justiça. E é, por conseguinte, conatural ao Direito e à justiça”. (Miranda, p. 323)

Por sua vez, a constitucionalização deste princípio (regra) condicionou-se ao sistema jurídico proveniente dos estados modernos, nascidos no século XVIII na América e na Europa Continental. (Barros, p. 39)

Conforme ensina Jorge Miranda, no Direito Português, foi através do Direito Penal, à égide do iluminismo, que a proporcionalidade foi elevada a “princípio matriz”, ao passo em que, “com as revoluções e transições constitucionais democráticas das últimas décadas”, a proporcionalidade difundiu-se como vetor básico do Estado de Direito Material na Constituição Portuguesa, que foi uma das cartas constitucionais que mais se aprofundou na apresentação do princípio como “instrumento de limitação de poder e de realização do Estado”. (Miranda, p. 325)

Para Bonavides, com a proporcionalidade “nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações”.

4.2 A conceitualização doutrinária da proporcionalidade

Bonavides, em brilhante uso das palavras de Xavier Philippe, inicia suas lições acerca da proporcionalidade asseverando que se trata de um princípio muito mais fácil de compreender, do que de definir.

Os fundamentos da proporcionalidade são elencados de forma divergente pela doutrina. Enquanto parte tende a sustentar que sua base

reside nos direitos fundamentais, doutro lado tem-se quem sustente que o princípio configura expressão do Estado de Direito e, ainda, os que a consideram um postulado jurídico enraizado no direito suprapositivo. (Mendes e Branco, p. 218)

Antes de fundamentar o princípio da proporcionalidade, Michael explica que “quando uma limitação aos direitos fundamentais se mostra formalmente justificada, deve-se controlar por fim a justificação material” através da qual é possível verificar a existência de ingerências e violações por parte do Estado, que não pode reduzir arbitrariamente as liberdades. (Michael, p. 480)

Assim, o autor explica que o princípio da proporcionalidade se fundamenta na sua expressão original como “proibição do excesso”, para impedir ingerências excessivas, justificando-o tanto do ponto de vista jurídico-fundamental como do Estado de direito. (Michael, p. 481)

Como ele explica mais a diante, “os direitos fundamentais podem ser limitados pra fins muito diferentes”, de sorte que “as ingerências podem servir tanto interesses públicos, como privados”. (Michael, p. 486)

A fim de sintetizar uma relação custo-benefício, Michael aduz que a proporcionalidade “trata-se de um cálculo de racionalidade econômica, da relação entre custo (neste caso: restrição de direitos fundamentais) e benefício (neste caso: objetivos das medidas estatais)”.

O princípio da proporcionalidade, para Pier Muller, consoante lições de Bonavides, “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. (Bonavides, p. 402)

Para Canotilho, “as regras do direito constitucional de conflitos devem se construir com base na harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência de um direito ou bem em relação ao outro” (Canotilho, p. 42).

Neste aspecto, o princípio da proporcionalidade, segundo Suzana de Toledo Barros, funciona como parâmetro técnico para se verificar se os fatores de restrição utilizados são “adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes” e, assim, a proporcionalidade “tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência”. (Barros, p. 30)

Por sua vez, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais” e, a partir de então, atribui-se a ele “um prestígio e difusão tão largos quanto outros princípios cardeais e afins”. (Bonavides, p. 404)

O princípio (regra) da proporcionalidade há de ser examinado como norma da Constituição Brasileira de 1988 que independe de uma formulação textual específica, mas que pode ser extraído de outros princípios constitucionais, caracterizando-se, assim, sua aplicação pelos Tribunais e sua aplicação enquanto norma constitucional o torna fundamento de Recurso Extraordinário. (Barros, p. 93)

A aplicação da proporcionalidade se dá no campo dos direitos, liberdades e garantias, ou em razão da colisão ou pela necessidade de um direito ser afetado para garantir outro direito ou interesse constitucionalmente garantido. Além destes, a proporcionalidade se aplica também aos direitos sociais. (Miranda, p. 329)

Os fins almejados pela afetação ao direito fundamental devem ser considerado de maneira objetiva de forma que interessam todos os motivos de justificação, inclusive aqueles que o legislador sequer pensou e os que surgem posteriormente, colocando-se, em primeiro lugar, a legitimidade desses fins porquanto, verificando-se que a ingerência serve à qualquer fim ilegítimo, sequer se avalia a proporcionalidade. (Michael, p. 487)

Quando se fala em restrições a direitos fundamentais, certamente se fala em violação de princípios cujo conteúdo carece do exame do judiciário quanto à compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim.

É neste contexto que a proporcionalidade se apresenta como de extrema importância “na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana”. (Barros, p. 27)

O aumento da colisão entre direitos fundamentais, advindo de um suporte fático amplo destes, amplia também a intervenção estatal restritiva desses direitos que, para serem consideradas constitucionalmente válidas, têm necessariamente que passar pelo exame da proporcionalidade. (Silva, p. 181)

Em suas lições, Jorge Miranda entende por princípio da proporcionalidade aquele através do qual “hão de ser resolvidas as colisões de direitos e entre direitos e deveres, apuradas as restrições constitucionalmente

admissíveis a direitos fundamentais, ou a suspensão e (de certo modo) feitas as opções relativas à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais”. (Jorge Miranda, p. 263)

Por sua vez, o “apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática”. (Miranda, p. 325)

4.3 Subprincípios da proporcionalidade

Mendes e Branco explicam que, na doutrina constitucional moderna, havendo imposição de restrições a determinados direitos, faz-se imperioso indagar acerca da compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade, orientação que “permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional” e pressupõe não apenas a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como também a adequação destes a prossecução do objetivo pretendido e a necessidade de sua utilização. (Mendes e Branco, p. 227)

Nesse sentido, Canotilho destaca que, pela proporcionalidade, toda e qualquer limitação legal a direitos deverá ser “apropriada, exigível e na justa medida”, o que se reflete no tríptico cânone da proporcionalidade em sentido amplo: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Canotilho, p. 617).

Em igual compreensão, que é uníssona em todos os doutrinadores aqui apresentados, Michael explica que, na justificação material, distingue-se três níveis de controle da proporcionalidade que deverão ser analisados sucessivamente: a adequação, a indispensabilidade/exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (Michael, p. 483)

Para Barros, a proporcionalidade em sentido amplo abrange “consideração sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”, o que, por sua vez, implica em distinguir a proporcionalidade em sentido estrito. (Barros, p. 75)

Assim como a maioria dos doutrinadores, Miranda se debruça sobre a análise alemã para explicar que derivam da proporcionalidade a idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e a racionalidade ou proporcionalidade *strictu sensu*. (Miranda, p. 325)

Em suas lições, Miranda apresenta a idoneidade ou adequação na

adoção de um meio adequado à prossecução do fim objetivado, a necessidade ou exigibilidade como a aferição de que o meio é o que melhor satisfaz, no caso concreto, o objetivo perseguido, de forma menos custosa e com mais benefícios que outros meios possíveis, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito ou racionalidade se dá pela “justa medida”, ou seja, que se proceda a avaliação das providências em termos quantitativos e qualitativos, para se garantir que não fique “aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido” (Miranda, p. 326)

Repisa Barros, também adotando a concepção estrutural alemã acerca da proporcionalidade, que a proporcionalidade é formada por três sub-princípios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação ou Idoneidade, para a autora, deve ser o primeiro aspecto a se considerar na análise da proporcionalidade e consiste em avaliar se o meio escolhido para intervir no direito fundamental em questão contribui para a obtenção do resultado pretendido. (Barros, p. 78)

Aqui, portanto, não se avalia o grau de eficácia dos meios utilizados, questão que vai adentrar na análise pela necessidade, mas sim se a medida restritiva é “idônea à consecução da finalidade perseguida”.

A objeção arguida pela autora no que tange a adequação recai sobre o questionamento da adequação ser total ou parcial. Ainda assim, com esteio nas lições de Pedraz Penalva, Barros entende que o juízo de adequação se faz perante uma situação concreta na qual a lei é uma previsão abstrata “cujas virtualidades só com o decurso do tempo vão-se revelando”. Por isso, “apenas quando inequivocamente se apresentar como idônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada”. (Barros, p. 80)

Segundo da Silva, a intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental deve, necessariamente, objetivar um fim constitucionalmente legítimo, através de um meio adequado ao fomento da realização do objetivo perseguido, o que se entende por adequação. (Silva, p. 170)

Para Michael, “um meio já é apropriado quando serve um fim geral, quando, portanto, lhe é útil de uma qualquer maneira visível” e, por esse motivo, “só se revelam desproporcionais aquelas ingerências que são inúteis” e não servem nenhum fim legítimo. Sendo assim, uma “aptidão parcial é suficiente” e basta a mera possibilidade de se alcançar determinado

fim para que seja considerado adequado. (Michael, p. 490)

Bem assim, quando se fala em necessidade (ou, segundo o autor, exigibilidade), da Silva esclarece que não se confunde com situação de necessidade ou urgência, mas sim, que a realização desse objetivo constitucionalmente legítimo não seja possível na mesma intensidade através de outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. (Silva, p. 171)

Ou seja, segundo da Silva, a necessidade se consolida quando se constata que o meio empregado para o atingimento do fim perseguido seja o realmente necessário e menos danoso, avaliando-se a eficiência das medidas e o grau de restrição ao direito fundamental atingido.

Para o autor, a diferença entre a necessidade e adequação se dá no fato de que, nesta o teste é absoluto e linear relacionado unicamente ao meio e fim da medida e do objetivo, naquela tem-se o elemento comparativo, que considera medidas alternativas para se obter o mesmo fim. (Silva, p. 171)

Para Barros, “o princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa”. Sendo assim, a autora sintetiza os dois núcleos referidos por LERCHE: “o meio mais idôneo e a menor restrição possível”. (Barros, p. 81)

Nesse sentido, Barros explica que para uma medida seja considerada inexigível ou desnecessária num exame de proporcionalidade, faz-se necessário demonstrar outra medida menos gravosa e apta a atingir igual ou melhor resultado. (Barros, p. 82)

A análise da necessidade pode se dar tanto qualitativa, quanto quantitativamente, o que ocorre em casos nos quais a longa duração no tempo torna inadequada a medida restritiva, quando, apesar de inicialmente necessária e adequada, com o decorrer do tempo, tem-se inequívoca perda dessa necessidade. (Barros, p. 83)

Para Michael, “um meio só é indispensável quando não há um meio mais suave que alcançar todos os fins relevantes” e, por isso, “só se houver meios que atinjam todos os fins com a mesma eficácia é que a medida é inconstitucional”, ao tempo em que, “um meio alternativo é mais suave quando for mais precautório dos direitos fundamentais do que a ingerên-

cia efectuada”. (Michael, p. 490)

A esta altura do estudo apresentado, merece destaque a seguinte conclusão apresentada por Barros: “o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação”. O que se conclui, neste cerne, é que aquilo que é necessário, pode ser inadequado, mas somente o que é adequado, pode ser necessário.

Nesse sentido, faz-se mister o destaque idêntico trazido por Mendes e Branco quando asseveram que “adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado” e apresentam as lições de Pieroth e Schilink. (Mendes e Branco, p. 227)

Para os autores, “a prova da necessidade em maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final” (Pieroth e Schilink, p. 141, apud Mendes e Branco, p. 227).

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito, vem para acrescentar ao binômio da “adequação e necessidade” um exame final, que consiste no “sopesamento entre os direitos envolvidos, com função de evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo seja capaz de justificar” (Silva, p. 175).

Isso porque, se fossem consideradas apenas a adequação e a necessidade, poder-se-ia considerar constitucional medidas que fomentassem eficientemente certo direito fundamental, mas restringissem profundamente diversos outros direitos, apenas por ser “adequada e necessária”.

Por assim dizer, o juízo de adequação e proporcionalidade tornam-se insuficientes à concluir pela real justiça da medida restritiva adotada em detrimento de uma “justa medida”, de sorte que faz-se necessária a aplicação da proporcionalidade *strictu sensu*, para aferir se o meio utilizado está em razoável proporção com o fim objetivado através de uma ideia de “equilíbrio entre valores e bens” (Barros, p. 85).

Para Barros, a diferença entre a proporcionalidade em sentido estrito e a necessidade se dá pelo fato de a necessidade cuidar “de uma otimiz-

ção com relação as possibilidades fáticas”, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito “envolve apenas otimização de possibilidades jurídicas” (Barros, p. 86).

Não apenas isso, a proporcionalidade *strictu sensu* se apresenta nas lições de Barros também como “um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus” e, portanto, deve ser coligida a partir de uma ponderação de bens, na qual “o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direitos é bastante amplo”. (Barros, p. 87)

Por este mesmo motivo, da Silva afirma que inúmeros autores criticam esse terceiro elemento por considerá-lo ofensivo à objetividade, alegando que a proporcionalidade deveria se ater apenas à adequação e à necessidade. (Silva, p. 177)

Todavia, para da Silva, o grau de objetividade (neste caso, subjetividade) na adequação e na necessidade não se afasta muito da objetividade contida na proporcionalidade em sentido estrito (leia-se, novamente, subjetividade). Inclusive, para o autor, existem casos em que “o exame da necessidade pode ser muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito”. (Silva, p. 178)

Michael entende que a “ponderação entre o fim e o meio só se efetua no terceiro nível da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito)”, que somente se dá após uma apreciação pormenorizada, abstrata e concreta dos meios e dos fins, ponderando-se os fins de proteção não alcançados e os fins colidentes alcançados, para avaliar se os fins colidentes compensam as restrições do direito fundamental a proteger ou se são esses intoleráveis. (Michael, p. 491 e 504)

Bonavides, com esteio nas lições de Pier Muller, afirma que a utilização da proporcionalidade se defronta com uma obrigação e uma interdição, quais sejam: a obrigação de utilizar dos meios mais adequados e a interdição de uso de meios desproporcionados. E, por conta deste duplo caráter, a proporcionalidade “tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos”, de forma que “a proporção adequada se torna assim condição da legalidade”. (Muller, p. 212, apud Bonavides, p. 407)

Merece destaque, nas lições de da Silva, a distinção entre a propor-

cionalidade e o sopesamento.

Segundo o autor, sempre que se falar em proporcionalidade, implica-se que existe uma medida concreta que será testada, exatamente em virtude do necessário exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Situação diferente ocorre quando ainda não há qualquer regra infra-constitucional restritiva do direito fundamental que discipline a colisão entre dois princípios. Nestes casos, quando a situação de colisão ainda não foi objeto de ponderação por parte do legislador, aplica-se diretamente o princípio constitucional ao caso concreto, o que se faz através do sopesamento (Silva, p. 179).

Importa destacar ainda, segundo as lições Miranda, que a violação ao princípio da proporcionalidade “consiste no excesso de interferência legislativa, afetando o conteúdo ou o exercício de um direito” e, também “por insuficiência e incumprimento por parte do Estado de deveres de proteção” (Miranda, p. 331).

Enquanto para Pier Muller, “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados à realizar um fim não são por si só apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”.

5. A PROPORCIONALIDADE ENQUANTO REGRA OU PRINCÍPIO

A conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade recai sobre o fato da natureza dos princípios implicar na máxima da proporcionalidade e o contrário. Por isso, segundo Alexy, “a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, decorre logicamente da natureza dos princípios” (Alexy, p. 116).

Nesse sentido, Alexy compreende que, enquanto mandamentos de otimização, o conflito de princípios exige o sopesamento e a relativização das possibilidades jurídicas, assim, tem-se a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Bem assim, ainda considerando a característica de princípios enquanto mandamentos de otimização e existência de conflito entre estes, no sopesamento e relativização das possibilidades fáticas, tem-se as máxi-

mas da necessidade e da adequação.

A fim de demonstrar sua concepção, Alexy apresenta raciocínio que, pela extensão, dispensa reprodução, mas que o leva a conclusão de que “vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência que ‘o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.” Entendimento que o autor reincide no cerne da adequação (Alexy, p. 118).

Por fim, segundo Alexy, essas deduções são “fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio” (Alexy, p. 120).

Para Penalva, “a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas, porquanto ‘é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo em que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que direitos e liberdades sejam lesados’” (Bonavides, p. 404).

Pier Muller, porém, entende que o “princípio” da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder (apud Bonavides, p. 402).

Para da Silva, a proporcionalidade não segue o raciocínio atinente aos princípios, haja vista que esses são mandamentos de otimização que deverão ser realizados na maior medida possível, enquanto a proporcionalidade impõe um dever definitivo, completo, independente das condições jurídicas do caso em questão, representando uma estrutura normativa de regra (Silva, p. 168).

Destarte, em suas lições, da Silva exclui a terminologia “princípio da proporcionalidade” e discorre acerca das possíveis determinações, a saber: máxima, regra ou postulado.

Enquanto máxima, tem-se a tradução literal do direito alemão, termo que o autor não considera adequado em razão da sua escassa utilização no direito brasileiro e da possibilidade de considerar “máxima” uma mera recomendação, não um dever.

Por postulado, termo que Humberto Ávila sugere, a proporcionali-

dade seria uma “norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, ou seja, uma metanorma”. Tal conceituação é criticada por da Silva por considerar que, apesar da proporcionalidade ser, sim, uma regra de aplicação de outras regras, não se trata de uma regra comum, e o termo postulado tão somente serviria para complicar a sua concepção, posto que existem diversas outras regras que também versam sobre a aplicação de regras, como é o caso das regras de resolução de antinomias.

Por este motivo, da Silva entende por mais adequado atribuir à proporcionalidade a terminologia de regra, que considera como “regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra” (Silva, p. 169).

6. CONCLUSÃO

Como se pôde observar do estudo doutrinário aqui apresentado, o posicionamento doutrinário majoritário segue as premissas do professor alemão Robert Alexy para diferenciar regras e princípios.

Destaca-se, dentre os critérios utilizados, uma tendência pela distinção em razão da forma de solução de conflito e colisão, através do qual o conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, pela declaração de invalidade total de uma das regras ou pela instituição de cláusula de exceção, enquanto a colisão entre princípios se resolve através da ponderação, considerando-se o aspecto valorativo do peso, dimensão ou importância, mantendo-se a validade de ambos os princípios conflitantes.

A proporcionalidade, por sua vez, é a forma através da qual se afere a constitucionalidade e validade de uma restrição a determinados direitos, quando são observados os meios utilizados e os fins almejados através da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito para concluir se uma restrição é justa.

Em que pese a doutrina majoritária utilize a terminologia “princípio da proporcionalidade”, termo inclusive utilizado por este autor no decorrer do texto apenas por apego à tradição literária, é latente a busca de sua consolidação enquanto regra fundamental de apoio e proteção a direitos fundamentais.

Nesse sentido, considera-se mais adequada a adoção da terminologia “regra da proporcionalidade”, posto que não se trata de um mandamento de otimização, mas de um dever definitivo, perfeito e latente, de imediata

aplicabilidade, característica inerente à estrutura normativa de regra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. Título original: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag: 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/cf1988. Acesso em: 21 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

COIMBRA, Maria de Nazaré Costa Trigo. **O círculo da escrita**. O texto argumentativo e a consciência (meta) linguística no ensino secundário. 2012. 289 f. Tese (Doutorado em Educação) – Instituto da Educação. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Lisboa. 2012, p. 59

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, P.33-34.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. 6. Tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1988, p. 46-48.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MICHAEL, Lothar e MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antonio Franco. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antonio Franco. 2 ed. São Pau-

lo: Saraiva Educação, 2019

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.14-15, 28-29.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; São Paulo: Malheiros, 2020, 43^a edição.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.