

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENATO DAVI DE SOUSA MACHADO

**O USO IRRACIONAL DA PONDERAÇÃO E A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO
PELO “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”**

**BRASÍLIA,
AGOSTO DE 2015**

RENATO DAVI DE SOUSA MACHADO

**O USO IRRACIONAL DA PONDERAÇÃO E A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO
PELO “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Pós-Graduação
em Direito como requisito parcial para a
obtenção do título de Pós-Graduado em
Direito Constitucional.**

**BRASÍLIA,
AGOSTO DE 2015**

RENATO DAVI DE SOUSA MACHADO

**O USO IRRACIONAL DA PONDERAÇÃO E A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO
PELO “PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Pós-Graduação
em Direito como requisito parcial para a
obtenção do título de Pós-Graduado em
Direito Constitucional.**

Brasília – DF, 15 de agosto de 2015.

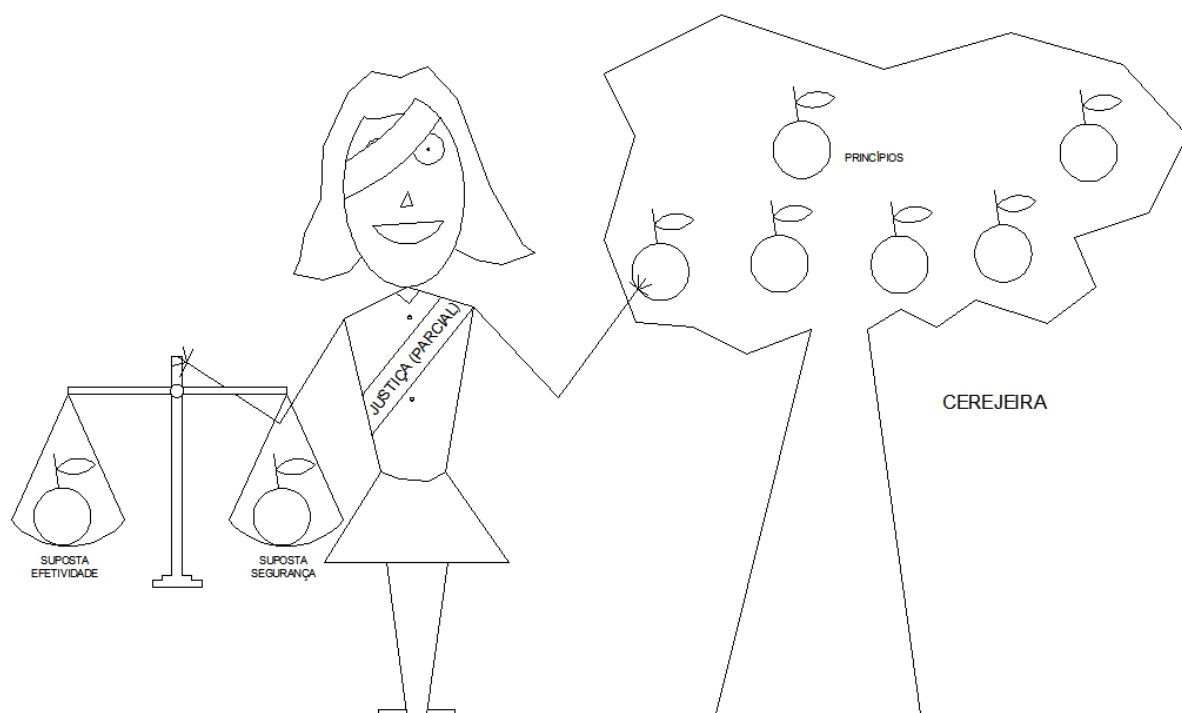
BANCA EXAMINADORA:

Prof^(a)

Prof^(a)

Prof^(a)

Dedico este Trabalho aos meus pais, Eltenor de Sousa e Iolanda Davi de Sousa Machado.



“Colhendo Cerejas”, desenho adaptado de Trabalho de Apresentação de Constitucionalismo Supranacional, autoria própria.

RESUMO

A proporcionalidade é amplamente adotada como princípio, ao lado da razoabilidade. Entre suas divisões, está a ponderação, conhecida como proporcionalidade em sentido estrito. O uso disseminado dessas duas expressões, muitas vezes sem critério ou fundamentação adequados, suscita incertezas e segue rumos discricionários. Entender a proporcionalidade e a ponderação, acompanhar as aplicações e implicações no Direito e conhecer a natureza jurídica são alguns dos pontos de partida do presente Trabalho. Entre os inúmeros estudiosos, acompanhar as opiniões dos críticos, que convergem para a discricionariedade da escolha dos princípios a serem salvos e sacrificados no caso concreto. A adequação e a necessidade são elementos constituidores imprescindíveis em um julgamento, porém a ponderação não deve ser um paradigma obrigatório. Pelo contrário: como o seu uso pressupõe sacrifício, em virtude da mitigação de um direito em detrimento de outro, outros caminhos podem e devem ser buscados, de modo a preservar o Direito, sem criar uma ditadura jurídica que prejudique a democracia. O estudo de alguns casos recentes, relevantes e polêmicos ajuda a delinear os limites da ponderação e a apontar os caminhos para uma decisão judicial mais precisa, pautada em elementos concretos e seguros, sem desrespeitar a posição do Legislador e a autoridade da Administração Pública.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Proporcionalidade. Ponderação. Razoabilidade. Democracia. Fragilização do Direito. Decisão Judicial. Tribunais Constitucionais. História do Direito. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Proportionality is widely adopted as a principle of reasonableness to the side. Among its divisions, there is the weighting, known as proportionality in strict sense. The widespread use of these two expressions, often without criterion or adequate reasoning provides discretionary uncertainties and follows directions. The understanding of the proportionality and weighting, monitor applications and implications for the law and meet the legal nature are some of the starting points of this monograph. Among the many scholars, follow the opinions of critics who converge on the discretion of the choice of principles to be saved and sacrificed in this case. The adequacy and the need are essential elements in a trial, but the weight should not be a mandatory paradigm. On the contrary, as its use requires sacrifice, due to the mitigation of a right over another, other paths can and should be sought in order to preserve the law, without creating a legal dictatorship that harms democracy. The study of some recent cases, relevant and controversial helps to delineate the limits of weight and pointing the way for a judicial decision more accurately, based on actual facts, insurance, without disregarding the position of the Legislator and the authority of the Public Administration.

Keywords: Constitutional Right. Proportionality. Weighting. Reasonableness. Democracy. Weakening of the law. Judicial Decision. Constitutional courts. History of Law. Fundamental rights.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: migrações do 'princípio' da proporcionalidade, nas páginas 16 e 17.

Tabela 2: diferenças básicas entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nas páginas 18 e 19.

Tabela 3: dispositivos constitucionais em que a proporcionalidade estaria implícita, segundo Paulo Bonavides, nas páginas 26 e 27.

Tabela 4: características de tribunais constitucionais de alguns países, nas páginas 43 a 46.

Tabela 5: diferenças entre normas de ação e valores na perspectiva de Habermas, na página 49.

Tabela 6: fixação da pena de Lesão Corporal (Código Penal, art. 129, § 9º), na página 64

Tabela 7: fixação da pena de Ameaça (Código Penal, art. 147), na página 64.

Tabela 8: principais referências à proporcionalidade no julgamento da ADPF 54, nas páginas 66 e 67.

Tabela 9: perspectivas de decisão do Reexame Necessário 21437/PB sem o uso indevido da proporcionalidade, na página 78.

Tabela 10: linhas iniciais de desfecho para o julgamento do HC 82.424, na página 80.

Tabela 11: resumo dos votos no julgamento HC 82.424, nas páginas 80 e 81.

Tabela 12: a proporcionalidade nos votos de Marco Aurélio e Gilmar Mendes, nas páginas 81 a 83.

Tabela 13: desdobramentos alternativos e objetivos para o HC 82.424, na página 84.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
AgRg. – Agravo Regimental.
AP – Ação Penal.
Art. – Artigo.
CLDF – Câmara Legislativa do Distrito Federal.
CF – Constituição Federal (1988).
Cont. – Continuação.
DJe – Diário de Justiça Eletrônico.
HC – *Habeas Corpus*.
Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.
IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público.
LC – Lei Complementar.
Min. – Ministro.
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.
p. – Página.
RE – Recurso Extraordinário.
REsp – Recurso Especial.
Rel. – Relator.
SS – Suspensão de Segurança.
STF – Supremo Tribunal Federal.
STJ – Superior Tribunal de Justiça.
TCFA – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos.
TEJ – Tribunal Europeu de Justiça.
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.
TRF – Tribunal Regional Federal.
TSE – Tribunal Superior Eleitoral.
TST – Tribunal Superior do Trabalho.
UE – União Europeia.
UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.
UFF – Universidade Federal Fluminense.
UFPR – Universidade Federal do Paraná.
Unisinos – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A PROPORCIONALIDADE E O DIREITO	13
1.1 O CONCEITO DA PROPORCIONALIDADE	13
1.2 MIGRAÇÕES DA PROPORCIONALIDADE	16
1.3 PROPORCIONALIDADE <i>VERSUS</i> RAZOABILIDADE	18
1.4 A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	21
1.5 A HISTÓRIA DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL	23
1.6 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO APÓS 1988	26
2. OS CRÍTICOS E ÀS CRÍTICAS À PONDERAÇÃO	33
2.1 LENIO LUIZ STRECK	33
2.2 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE	36
2.3 MARCO AURÉLIO MARRAFON	37
2.4 BERNARD SCHLINK	41
2.5 JÜRGEN HABERMAS	47
2.6 ERNEST FORSTHOFF	50
2.7 THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF	51
2.8 FERNANDO AUGUSTO FERNANDES	54
2.9 RAQUEL DENIZE STUMM	56
2.10 HANS HÜBER	56
2.11 EBERHARD SCHMIDT	57
3. A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO PELO USO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	58
3.1 MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA	58
3.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS – I	60
3.3 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS – II	62
3.4 A DISCRICIONARIEDADE ESCANCARADA	63
3.5 FETOS ANENCÉFALOS	65
3.6 A AÇÃO PENAL 470 (MENSALÃO)	68
3.6.1 A Dosimetria das Penas	68
3.6.2 A Perda de Mandatos Decorrente da Condenação Criminal	70
3.7 UBER, A UNIÃO EUROPEIA E O BRASIL	72
3.8 CRÍTICAS À PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS EUROPEUS	74
3.9 MANUTENÇÃO DE CONSTRUÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE	76
3.10 O CASO ELLWANGER (HC 82.424)	79
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

Com o advento da Civilização veio a necessidade de normatizar as relações sociais. E não tardaram a surgir princípios orientadores do Estado e protetores de seus cidadãos. De tanta diversidade, não seria surpresa o conflito jurídico entre indivíduos, indivíduos e Estado e Estados, mercedores de uma ordem regulamentadora. No entanto, esse caminho foi longo e aberto à custa de muita luta e mártires. Séculos se passaram até os governantes, esclarecidos ou pressionados, concederem direitos aos seus súditos.

A origem da proporcionalidade está nessa passagem para o Estado liberal. O governante, outrora legalmente incondicionado, passa a ser limitado por uma lei que agora freia os seus atos. O antigo regime não mais dava conta das demandas dos cidadãos, cada vez mais receosos dos desmandos governamentais, abrindo caminho para a ponderação dos atos da Administração Pública, segundo critérios de proporcionalidade como obstáculo para desmandos e arbitrariedades.

Tantas transformações e novos direitos não conseguiram acabar com os conflitos, mas estes, pelo menos, tenderam a ser trazidos para a arena jurídica. E para decidi-los, técnicas foram desenvolvidas e aprimoradas, como a proporcionalidade e a ponderação.

Dentre as várias questões decorrentes dessa problemática, a principal abordada no presente Trabalho: o uso indiscriminado, arbitrário, subjetivo e aleatório da ponderação pode fragilizar o Direito em sua aplicação e efetividade, com base em critérios de proporcionalidade irreal e sem critérios? Entre possíveis desdobramentos, situam-se: 1) é possível usar a ponderação de forma racional? 2) como aplicar a proporcionalidade dentro dos padrões da hermenêutica jurídica? 3) o Direito depende de critérios comparativos e relativos para ser justo? 4) a ponderação é fundamental para a concretização dos Direitos Fundamentais?

Para tanto, ao longo do Projeto de Pesquisa, foram desenvolvidas algumas hipóteses, como a arbitrariedade e o subjetivismo dos juízes, a interferência do Judiciário nos demais poderes, a possibilidade de outros métodos para a tomada de decisões e como a proporcionalidade pode ser bem utilizada.

Da combinação dos problemas com as hipóteses, foram levantadas variáveis sobre a conveniência das decisões judiciais, as sentenças desprovidas de fundamentação, as composições dos Tribunais Constitucionais e a evolução da proporcionalidade ao longo dos séculos, no berço europeu e no solo brasileiro.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar o uso irracional da ponderação e a consequente fragilização do Direito pelo uso do chamado princípio

da proporcionalidade. Entre os objetivos específicos, avaliar o cuidado na utilização dos métodos de interpretação, auferir a lógica das decisões e estudar os potenciais danos para o Direito, o Estado e os cidadãos, por meio de comparações, estudos específicos, históricos e doutrinários.

A análise foi desenvolvida em três capítulos e mais a Conclusão. No primeiro, “A Proporcionalidade e o Direito”, a proporcionalidade e seus elementos principais (adequação, necessidade e ponderação) são conceituados. É apresentado um quadro com o seu desenvolvimento na Europa, efetuando-se um paralelo com a razoabilidade e estudada a sua natureza jurídica. Por fim, o seu desenvolvimento no Brasil e no STF. O enfoque é predominantemente histórico.

No segundo capítulo, “Os Críticos e as Críticas à Ponderação”, em oito tópicos, nos quais onze doutrinadores, em maior ou menor escala, criticam o uso excessivo da ponderação do Direito. Também é apresentado um estudo comparativo de treze tribunais constitucionais nacionais, indicando as dificuldades de uma autonomia livre da influência política. Valores e normas são diferenciados em uma tabela à parte.

E no terceiro, denominado “A Fragilização do Direito pelo Uso do Princípio da Proporcionalidade”, são selecionadas algumas jurisprudências que fizeram uso da proporcionalidade e da ponderação, em graus diversos. São casos recentes e repercutidos. Ao final de cada tópico é apresentada uma ou mais possíveis soluções a partir de outros métodos de análise e decisão. O enfoque é eminentemente prático e comparativo.

Na Conclusão, são resumidas as constatações principais dos dois últimos capítulos, sem deixar de lado a verificação de medidas que poderiam solucionar grande parte do problema relacionado ao conflito entre direitos fundamentais e a interpretação para uma solução mais adequada e menos comprometida do Estado Democrático de Direito.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, cujo ponto de partida é uma teoria geral (uso irracional da ponderação) para uma tentativa de conclusão mais específica (a resultante fragilização do Direito pelo excessivo recurso ao chamado princípio da proporcionalidade).

Os principais procedimentos adotados foram o histórico e o prático, sem deixar de lado as perspectivas conjunturais: a convicção de que a realidade de um fenômeno só pode ser entendida a partir do contexto histórico-social. As fontes são históricas, periódicas, legais, jurisprudenciais e doutrinárias. Como método complementar tem-se o tipológico, com uma análise criteriosa dos casos investigados e dados colhidos, para uma avaliação mais completa e uma conclusão mais refinada.

1. A PROPORCIONALIDADE E O DIREITO

Para entendermos a proporcionalidade, devemos percorrer rapidamente o seu conceito, estruturado em três subprincípios amplamente aceitos pela Doutrina: adequação, necessidade e ponderação. Esses tópicos serão o ponto de partida do presente trabalho e deste capítulo.

Em seguida, será analisado o paralelismo com a razoabilidade, muitas vezes entendida como sinônimo da proporcionalidade. As motivações, abrangências e funções de cada uma serão colocadas, lado a lado, para um estudo mais detalhado da natureza jurídica do tema deste Trabalho.

Por fim, a história da proporcionalidade no Direito brasileiro, dividida em antes e depois da Constituição de 1988. Como a nova Carta Magna, mesmo sem tratar a ponderação em seu texto, pavimentou o caminho para sua utilização disseminada nas decisões judiciais em diversas áreas, com ou sem uma fundamentação adequada.

1.1 O CONCEITO DA PROPORCIONALIDADE

Na formulação atual mais aceita, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma estrutura única, articulado unitariamente de forma conjunta e escalonada sobre três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Qualquer intervenção nos direitos fundamentais deverá observar a exigência do cumprimento desses pilares¹.

Pelo subprincípio da adequação, também conhecido como idoneidade ou conformidade, toda aplicação da proporcionalidade deve ser adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. É um exame do cumprimento de duas exigências distintas: a análise da legitimidade do fim pretendido e a verificação da medida adotada.

Um meio é adequado quando promove total ou parcialmente um fim. Quando se trata de atos jurídicos em geral, essa análise deve ser feita sob os pontos de vista abstrato, geral e prévio; nos atos jurídicos individuais, sob os pontos

¹ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 84 e 85.

de vista concreto, particular e prévio. Em respeito à separação de Poderes, deve limitar-se à anulação dos meios manifestamente inadequados².

Uma medida seria inadequada se sua utilização não contribuísse em nada para a realização do objetivo pretendido. Neste momento há uma análise mais centrada no teste de compatibilidade entre meio e fim, se o segundo justifica o primeiro, ainda que a um elevado custo.

Conforme o subprincípio da necessidade, qualquer aplicação da proporcionalidade deve ser a mais benigna possível para com o objeto da intervenção, entre todas aquelas que se revestem, ao menos em tese, da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto.

Um ato estatal é necessário caso a realização do objetivo pretendido não possa ser promovido, com a mesma efetividade, por meio de outro ato que limite em menor medida e gravidade o direito atingido. Um exemplo didático e simples é usar um tiro de canhão para matar uma formiga: o método é adequado (eficaz), mas se revela, na prática, absolutamente dispendioso e substituível por outros mais baratos, igualmente eficientes e mais práticos.

A ideia deste subprincípio é invadir o mínimo possível a esfera de liberdade do indivíduo. A opção feita deverá ser a melhor e mais viável para a obtenção dos objetivos, com o menor custo, aproximando o Direito da Engenharia: as normas serão aplicadas criteriosamente (Direito), e o respectivo ônus, seja social ou econômico, deve permanecer num patamar menos sacrificante para cada cidadão (Engenharia).

Para Canotilho, em virtude de uma natural relatividade em sua aplicação, algumas exigências devem ser inseridas, com o objetivo de aumentar a operacionalidade prática: 1) material, quando o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação de direitos fundamentais; 2) espacial, apontando para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; 3) temporal, pressupondo a rigorosa limitação do tempo da medida coativa; 4) pessoal, quando a medida deve limitar-se à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados³.

Há uma relação direta entre adequação e necessidade, pois só pode haver exigibilidade da segunda se o bem empregado também responder positivamente à

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007, p. 140.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 6. ed., 1993, p. 262.

primeira. Nem tudo que é adequado é necessário, mas se é necessário, então é adequado.

Por fim, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a importância dos objetivos perseguidos em toda a sua aplicação deve guardar uma adequada relação com o significado do Direito em análise. Em outras palavras, as vantagens que são obtidas mediante a intervenção em um determinado caso devem compensar os sacrifícios impostos aos titulares e para a sociedade em geral⁴.

Também conhecido como ponderação, esse terceiro subprincípio analisa a conformidade entre a medida adotada e o objetivo a ser alcançado, em um processo de sintonia fina. É uma fase de avaliação dos princípios colidentes, buscando-se um equilíbrio entre as vantagens e os prejuízos que inevitavelmente ocorrem quando se limita um direito com o objetivo de proteger outro⁵.

Enquanto na proporcionalidade em sentido estrito ocorre um balanceamento de possibilidades jurídicas, as duas outras etapas, adequação e necessidade, recorrem a possibilidades fáticas⁶.

Isso pode ser compreendido num caso hipotético, onde uma cidade passa por um sério problema de poluição sonora. Uma medida estatal proibindo espetáculos e manifestações públicas em locais sem um sistema eficiente de tratamento acústico seria adequada e necessária, ao mesmo tempo. No entanto, diante das tensões entre os direitos, as liberdades de reunião e expressão estariam comprometidas, perpassando, eventualmente, o limite tolerável de restrição. Sem outra norma regulamentadora, tal decisão estaria entregue ao subjetivismo do Poder Público⁷.

A proporcionalidade exige que os testes de avaliação dos subprincípios sejam feitos de forma ordenada. Consequentemente, a não-observância de qualquer um deles prejudica o exame do subsequente, o que revela uma natureza de subsidiariedade entre eles.

Para a compreensão desse princípio é fundamental a consciência de que, na colisão entre direitos fundamentais, ensejadora de uma intervenção e uma restrição de um ou mais desses direitos, faz-se necessário o pressuposto de uma relação

⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 37 e 38.

⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 96.

⁶ STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 82.

⁷ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 68.

entre fim e meio. O fim é o objetivo. O meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa, judicial ou contratual) limitadora e viabilizadora do fim pretendido. Há, portanto, uma exigência de relação entre o fim pretendido e o meio utilizado, que deverá ser adequado, necessário e proporcional⁸.

Quanto à extensão operativa da proporcionalidade, Canotilho defende que se aplica a todas as espécies de atos dos Poderes Públicos, de modo que vincula os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, incluindo todo o aparato da Administração Pública⁹.

A proporcionalidade aplica-se não só aos direitos fundamentais, como também em todas as situações onde houver necessidade de proteção de bens jurídicos que concretamente se correlacionem. Numa relação meio-fim, sempre haverá campo aplicativo para o dever de ponderação¹⁰.

1.2 MIGRAÇÕES DA PROPORCIONALIDADE

Carlos Bernardo Pulido é professor, pesquisador na área de Direito Constitucional e Ph.D. pela Universidade da Flórida. Em “A Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa”¹¹, identificou seis etapas, chamadas “migrações”, resumidas a seguir:

Tabela 1: migrações do ‘princípio’ da proporcionalidade		
Migração:	Características:	Consequências:
Da Filosofia Política ao Direito	Decorrente de três elementos político-filosóficos: 1) a liberdade pessoal deve ser protegida na sociedade civil como algo inerente a cada indivíduo; 2) o Estado tem a faculdade de restringir essa liberdade para satisfazer os direitos de outros e o interesse comum; 3) o Estado está autorizado a limitar a liberdade e, simultaneamente, a liberdade deve ser protegida das limitações estatais.	Na Prússia, no séc. XVIII, o uso da força policial foi regulado pela proporcionalidade, como critério jurídico, não mais só político-filosófico: “A polícia deve adotar as medidas necessárias para manter a paz pública”. Um misto de autoridade e ponderação.

⁸ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 86 e 87.

⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 6. ed., 1993, p. 264.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007, p. 28.

¹¹ PULIDO, Carlos Bernal. *A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa*. Disponível em: <http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf>.

Tabela 1: migrações do ‘princípio’ da proporcionalidade (continuação)		
Migração:	Características:	Consequências:
A Expansão no Direito Administrativo Europeu	A relevância da proporcionalidade como critério jurídico nas instâncias do Direito Administrativo. O uso da força do Estado mais proporcional. Os subprincípios da proporcionalidade como conhecemos hoje.	Os tribunais começaram a proteger a liberdade como uma forma de direito natural. A partir da Segunda Guerra Mundial, a proporcionalidade como controle da constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos.
Do Direito Administrativo ao Direito Constitucional	A utilização da Proporcionalidade na Lei Fundamental Alemã (1949). A introdução de um Tribunal Constitucional com a atribuição de analisar a constitucionalidade de limitações impostas aos direitos fundamentais.	O Tribunal Constitucional começou a utilizar a proporcionalidade como critério para resolver paradoxos e a ser aplicado em todos os casos que o Estado limita a esfera de liberdade individual.
Do Direito Constitucional Alemão ao Direito Comunitário e ao Direito Europeu dos Direitos Humanos	O uso do princípio da proporcionalidade como um critério: 1) pelo TEDH, para determinar se as limitações feitas pelos Estados membros do Conselho da Europa violam ou não os direitos individuais protegidos; 2) pelo TEJ, para analisar as medidas adotadas pelas instituições da UE e pelos Estados membros.	A Carta de Direitos Fundamentais da EU, firmada e proclamada em 2000, estabeleceu em seu artigo 52.1, que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades somente poderão ser introduzidas respeitando-se o princípio da proporcionalidade.
Do Direito Comunitário e do Direito Europeu dos Direitos Humanos ao Direito Constitucional nos Países Europeus	Os Tribunais Constitucionais haviam transferido a proporcionalidade usada pelo TEDH para o campo de proteção dos direitos nacionais. Por outro lado, os tribunais e juízes assumiram a proporcionalidade, tal como entendida pelo TEJ, como forma de garantir a supremacia do direito comunitário.	O princípio da proporcionalidade converteu-se em um critério para o controle de constitucionalidade na Espanha, França, Itália, Portugal, Bélgica, Áustria, Grécia, Suíça e, posteriormente, nos países da Europa oriental.
Do Direito Comunitário e do Direito Europeu dos Direitos Humanos ao Direito Britânico	A razoabilidade era adotada como critério para o Direito Administrativo. A partir de 1991, o princípio da proporcionalidade foi usado como um “parâmetro diferente e mais estrito” do que o princípio da razoabilidade.	Embora não consensual, a importação da proporcionalidade passou a ganhar adeptos na justiça inglesa. O reforço veio com a Lei de Direitos Humanos (1998), que trouxe a constante proporcionalidade do TEDH para o Reino Unido.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

Essas migrações serão imprescindíveis para entender o paralelo da proporcionalidade com a razoabilidade, bem como determinar a natureza jurídica da primeira e o seu desenvolvimento no Brasil e no STF.

1.3 PROPORCIONALIDADE *VERSUS* RAZOABILIDADE

Um problema surge quando se confundem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No domínio do Poder Judiciário, o primeiro teve aplicabilidade destacada no tratamento de medidas cautelares. Em alguns países, como Alemanha, Itália e Brasil, suscita controvérsias, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de poderes¹².

A análise da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Poder Legislativo, o que interfere na discricionariedade de seus integrantes. Faz-se uma análise de compatibilidade entre meio e fim, bem como da necessidade, mas aqui o julgador transcende o mero controle objetivo da legalidade. Tradicionalmente, no entanto, há críticas a essa substituição de Poderes, ainda mais quando se trata de sobreposição de valorações subjetivas de determinado caso.

No Brasil, o apreço pela separação de Poderes amorteceu o princípio da razoabilidade por muitos anos, mesmo durante o Regime Militar, quando o Poder Executivo Federal preponderava. Somente nos últimos anos houve um maior ativismo judicial, em parte pelas condições democráticas, em parte pela inércia dos congressistas, preocupados com os possíveis desgastes eleitorais de votações e medidas polêmicas.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possuem algumas diferenças básicas, detalhadas a seguir:

Tabela 2: diferenças básicas entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade		
Aspecto	Razoabilidade	Proporcionalidade
Origem	Direito anglo-saxônico, especialmente nos EUA.	Direito europeu, especialmente germânico.
Estrutura	Menos objetiva: frequente confusão entre o que é razoável e o que é equilibrado em um determinado caso; o subjetivismo do julgador é ainda maior.	Mais objetiva, com três subprincípios definidos.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 5. ed., 2003, p. 230 e 231.

Tabela 2: diferenças básicas entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (continuação)		
Aspecto	Razoabilidade	Proporcionalidade
Motivação Decisória	Mais enxuta.	Sensivelmente maior.
Aplicação	O postulado da busca da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida a ser adotada; o exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles ¹³ .	Nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim; está condicionada à existência de elementos específicos: meio e fim ¹⁴ .
Abrangência na aplicação	Impedir a prática de atos que fogem da razão e ao equilíbrio do pensamento mais aceito.	Verificar a adequação e a necessidade de uma determinada norma no ordenamento jurídico.
Função Eficacial	Bloquear, impedir a consumação de decisões inaceitáveis ou arbitrárias socialmente.	Além do bloqueio, resguarda e procura assegurar, na melhor medida possível, os interesses e direitos constitucionalmente consagrados.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

Todos esses aspectos e entendimentos decorrem da falta de clareza terminológica e conceitual, que envolve o princípio da proporcionalidade em sentido clássico e estruturado com as noções de ponderação, razoabilidade, proibição de excesso e devido processo legal¹⁵.

Para Humberto Ávila, a razoabilidade possui três acepções diretas principais: 1) como equidade, quando as circunstâncias do fato estão consideradas dentro da normalidade; 2) como congruência, devendo existir uma vinculação das normas com o mundo dos fatos; 3) como equivalência, onde se exige uma relação equivalente entre a medida adotada e o critério que a dimensiona¹⁶.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007, p. 143.

¹⁴ Idem, p. 145.

¹⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 116.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007, p. 95.

Maria Doralice Novaes, juíza convocada para atuar no TST, assim se pronunciou, diferenciando razoabilidade e proporcionalidade:

(...) Quanto ao valor arbitrado à indenização por danos morais, o Regional considerou razoável o montante de R\$5.000,00, diante da natureza do ato ilícito praticado pela Empregadora (acusou, publicamente, a Obreira de furto) e do seu porte econômico, pautando-se, assim, pelo princípio da razoabilidade e pelo critério da proporcionalidade para fixar o "quantum" indenizatório. Cabe frisar que o Regional explicitou os fundamentos pelos quais atribuiu o valor da indenização, perfilhando entendimento razoável acerca da matéria. Assim, não se divisa violação dos arts. 5º, V, da CF e 944 do CPC, sendo certo que os arestos trazidos a cotejo tropeçam no obstáculo da Súmula 296, I, desta Corte (...)¹⁷.

Razoabilidade e proporcionalidade não são conceitos fungíveis. Cada qual, além de fundamentação própria, possui características que marcam uma diferença de operação: a primeira ocupa-se da escolha dos fins em nomes dos quais agirá o Estado, enquanto a segunda analisa se esses meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos¹⁸.

A razoabilidade age como legitimadora dos fins que legisladores e administradores escolhem para agir. A ação pública deve encontrar uma justificativa racional e situada no conjunto de regras e princípios que formam a Constituição e nos valores que ela contempla.

A proporcionalidade vai além: indaga se o fato é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, verificando-se, na análise dos bens jurídicos tutelados, direitos e interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal merecedora de prevalecer no caso concreto¹⁹.

O fato de a proporcionalidade ser um postulado normativo e, portanto, uma condição de possibilidade, seu fundamento ultrapassa os limites dos direitos fundamentais para firmar-se na própria estrutura da norma e da concepção do direito²⁰.

¹⁷ TST-RR-56100-46.2008.5.04.0102, Decisão Monocrática proferida em 30/03/2010, disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2>

¹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Livraria Jurídica, 2003, p. 49.

¹⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p 128 e 129.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007, p. 143.

1.4 NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para quem segue a corrente de Robert Alexy, jurista e filósofo alemão, a proporcionalidade jamais pode ser vista como um princípio. Por não ser objeto de ponderação com relação a qualquer princípio, mas apresentar estrutura rígida e definida de aplicação, ou é aplicada totalmente ou não o é. Sua natureza jurídica seria de regra, incluindo seus elementos²¹.

A posição defendida pelos seguidores de Alexy merece ressalvas, em particular por conta de dois argumentos objetivos: desconsidera os avanços da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica e concretista; explicita uma incoerência interna dessa concepção²².

No primeiro argumento, independentemente de a proporcionalidade ser ou não uma norma jurídica, se considerarmos que regra é uma norma jurídica, como pensa Alexy, teríamos a perda da sustentação da existência de qualquer norma jurídica a partir de uma visão predominantemente subsuntiva²³, não levando em conta que texto e norma são coisas distintas, fato, por si só, suficiente para afastar a possibilidade de segmentar normas por esse critério.

Além disso, se o critério de distinção entre normas e princípios for a questão da positividade, faltaria, nesse caso, a positivação da 'regra da proporcionalidade' como critério de solução de conflitos.

No segundo argumento, a contradição transparece quando Alexy, ao classificar a proporcionalidade como regra, confere, na essência, um sentido de verdadeira norma jurídica. Isso poderia levar a um falso entendimento: essa "regra" poderia entrar em conflito com outras regras. E desse conflito poderia haver um julgamento no sentido de invalidar a proporcionalidade²⁴.

Humberto Ávila procura afastar a proporcionalidade de qualquer visão principiológica, conferindo-lhe uma natureza distinta, de postulado normativo, num plano distinto das normas. Dessa forma, sem a obediência à proporcionalidade, não

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2005, p. 49.

²² FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 124.

²³ Subsunção, na linguagem jurídica, é a adequação do fato à norma.

²⁴ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 125.

há a devida realização dos bens juridicamente resguardados: trata-se, portanto, de um dever²⁵.

Contudo, a ideia de postulado pressupõe algo sem o qual o sistema jurídico não pode operar e nem validar essas operações. São exemplos de postulado a unidade sistêmica do direito e a supremacia da Constituição, condições de validade para qualquer atividade de interpretação e aplicação jurídica. Com a proporcionalidade isso não ocorre: ela não é uma condição indispensável para a correção dos juízos normativos ou de uma resposta seguramente correta para as decisões judiciais.

Nas doutrinas alemã e espanhola, a proporcionalidade é vista como um limite aos limites dos direitos fundamentais. É resultado do entendimento das normas constitucionais como princípios, ao invés de regras, sempre que houver a violação do conteúdo essencial de algum deles, por meio de um excesso, uma desproporcionalidade ou uma desnecessidade²⁶.

Esse entendimento pode levar a um equívoco teórico: a compreensão da proporcionalidade como um parâmetro constitucional autônomo e uma barreira jurídica adicional, capaz de operar desconectado do direito fundamental constitucional objeto da análise²⁷.

O sentido mais correto parece indicar para o rumo da proporcionalidade como um instrumento metodológico, através do qual se determina o conteúdo normativo que emana do objeto limitado. Significa que a natureza jurídica não é de simples princípio, regra, limite ao limite ou postulado normativo. Trata-se de um critério, sem um conteúdo material, que deveria revestir-se de um método objetivo de interpretação. Informalmente, seria como uma receita de bolo pronta, destinada a solucionar conflitos envolvendo direitos, em particular, os fundamentais.

Inocência Mártires Coelho, ex-Procurador-Geral da República e um dos fundadores do IDP, segue essa linha, ao afirmar que o princípio da proporcionalidade é utilizado, ordinariamente, para aferir a legitimidade das

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007, p. 25.

²⁶ LAUTENSCHLAGER, Lauren. *Direitos fundamentais como limites jurídicos ao poder do Estado: conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18644/direitos-fundamentais-como-limites-juridicos-ao-poder-do-estado-conteudo-essencial-dos-preceitos-constitucionais/2> Acesso em: 12 maio 2015.

²⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 528.

restrições de direitos, aplicando-se também para auferir o equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios.

Para o referido jurista, razoabilidade e proporcionalidade seriam sinônimos, com natureza valorativa que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e assuntos semelhantes. Precedem e condicionam a posituação jurídica, a interpretação do jurista, inclusive em nível constitucional. Mesmo primordialmente princípios gerais do direito, servem de regra de interpretação para todo o ordenamento legal constituído²⁸.

No julgamento de um Apelação do Ministério Público, o TJRS manifestou esse entendimento:

(...) Doutrinariamente, discute-se também a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, ou seja, sua validade como verdadeiro “princípio”, no sentido de ser uma norma-princípio de necessária aplicação. Aduz-se contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios - metáfora da colisão de princípios – e do balanço dos valores em oposição (ex.: tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto. É nossa posição. (...) ²⁹.

O TEDH também reconheceu, ao julgar a Queixa nº 39.324/2007³⁰, a proporcionalidade como um método, meritório em todos os seus níveis.

Por ser um postulado, a proporcionalidade não pode e não dever ser confundida com a simples noção de proibição ou vedação de excesso, tão pouco com a igualdade ou a razoabilidade³¹.

1.5 A HISTÓRIA DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL

Parte da Doutrina brasileira aponta o julgamento do RE 18.331/SP, em 21 de setembro de 1951, como a introdução do princípio da proporcionalidade no STF. Na

²⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>. Último acesso em: 21 maio 2015.

²⁹ Julgamento da Apelação Crime nº 70037375805, na Terceira Câmara Criminal, em 04 de agosto de 2011. Disponível em: www.tjrs.jus.br.

³⁰ Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/docs/Acordao TEDHPUBLICO.pdf>, p. 15. Acesso em 13 maio 2015.

³¹ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 127.

ocasião analisou-se a inconstitucionalidade de lei do município de Santos que impunha majoração no valor cobrado pela licença do uso de cabines de banho. Em seu voto, o Ministro Orozimbo Nonato, relator do processo, assim se pronunciou:

(...) O Poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e indústria e com o direito de propriedade. 'É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina do *détournement de pouvoir*³².

Não há nenhuma referência ao princípio da proporcionalidade ou à ponderação. O voto fundamenta-se na necessidade de coibir o abuso do legislador combinado à proibição de excesso.

Em 02/01/1956, no julgamento do RE 29.110/SP, o Ministro Bezerra da Costa, relator do processo, assim se pronunciou sobre a nomeação de síndico para massa falida:

(...) Agiu o juiz nos estritos termos da lei, guardando o seu ato perfeita fidelidade às condições impostas pelo art. 60 do decreto-lei 7.661, de 1945, uma vez demonstrado que o síndico de sua escolha preenche os requisitos de idoneidade moral e financeira, embora seja ele estranho ao quadro dos credores, desde que esgotada a possibilidade de designação mais conveniente.

Surge, já então, mero critério seletivo, reservado à ponderação do juiz, sem que ofereça alvo à pretendida infringência de lei ou conflito jurisprudencial. Não conheço do recurso.

Ali se faz uma referência explícita à ponderação, com o pressuposto de cumprimento de requisitos e mínimo prejuízo às partes e ao processo, de forma semelhante ao princípio da proporcionalidade concebido atualmente. Importante destacar a expressão “mero critério seletivo”, sinalizadora da constante pretensa arbitrariedade dos juízes, tão criticada por doutrinadores.

Em 1968, quando o Regime Militar ensaiava o seu endurecimento, o STF declarou inconstitucional os dispositivos que declaravam a suspensão do exercício profissional e do emprego em atividade privada nos casos de prisão em flagrante delito ou recebimento de denúncia envolvendo acusado de prática de crime contra a segurança nacional (Decreto-Lei nº 314/1967, art. 48, § 1º e 2º). O Ministro Temístocles Cavalcanti, da corrente majoritária, assim se pronunciou:

³² Expressão francesa que significa desvio de poder.

(...) Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda nº 8 da Constituição Americana, onde se proíbem a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (*cruel and unusual punishment*). (...)

A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição [1967] não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinquente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição. (...)

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família.

Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida. (...)

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção. (...) ³³.

O STF, mesmo de maneira tênue, utilizou a ideia da proporcionalidade, combinada com dispositivos da então Constituição (art. 150, § 35) para reforçar e aplicar a decisão sem maiores contestações. Embora fosse um caso de restrição à liberdade de exercício profissional, o juízo desenvolvido poderia ser aplicado a qualquer providência destinada a restringir direitos básicos do indivíduo³⁴.

Quando o TSE julgou inconstitucional o dispositivo da Lei Complementar nº 5, de 1970, que estabelecia a inelegibilidade de quem estivesse respondendo a um processo criminal, por considerar afronta à presunção de inocência, o STF entrevistou, reafirmando a validade do objeto questionado. O Ministro Moreira Alves, assim se pronunciou:

(...) A presunção de inocência é (...) ideia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. (...) Foi por tomá-la em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alça-la à

³³ Julgamento do HC 42.232. Disponível em: www.stf.jus.br.

³⁴ MENDES, Gilmar. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, p. 6.

magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5.(...)

Não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, iminentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra.

Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva? (...) ³⁵.

Embora implicitamente, o Ministro Moreira Alves fez uso da proporcionalidade e considerou adequada e necessária a inelegibilidade de quem fosse indiciado criminalmente. Também ponderou que as restrições eleitorais e até mesmo cíveis não atingiam a esfera de liberdade do indivíduo, ou seja, a presunção de inocência ainda estaria preservada, nos limites que, segundo seu entendimento, deveria estar: na esfera penal.

1.6 A PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO APÓS 1988

No Brasil atual a proporcionalidade continua a não existir como uma norma escrita no texto constitucional, mas sua essência pode ser verificada em alguns dispositivos. Paulo Bonavides lista alguns desses pontos, organizados na tabela a seguir:

Tabela 3: dispositivos constitucionais em que a proporcionalidade estaria implícita, segundo Paulo Bonavides³⁶	
Dispositivo	Tema
Art. 5º, § 2º	A não exclusão de outros direitos e garantias fundamentais não expressos na Constituição, decorrentes do regime (democrático) e dos princípios adotados pelo Estado.
Art. 5º, V, X, XXV	Direitos individuais e coletivos.
Art. 7º, IV, V, XXI	Direitos sociais.
Art. 36, § 3º	Intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal.

³⁵ Julgamento do RE 86.297, Disponível em: www.stf.jus.br.

³⁶ Retirados de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Tabela 3: dispositivos constitucionais em que a proporcionalidade estaria implícita, segundo Paulo Bonavides (continuação)	
Dispositivo	Tema
Art. 37, IX	Disposições gerais pertinentes à Administração Pública.
Art. 40, § 4º, II, c e d	Aposentadoria do servidor público.
Art. 40, V	Competência exclusiva do Congresso Nacional.
Art. 71, VIII	Fiscalização contábil e financeira.
Art. 84, parágrafo único	Competência privativa do Presidente da República.
Art. 129, II e IX	Funções constitucionais do Ministério Público.
Art. 170, <i>caput</i>	Princípios gerais da atividade econômica.
Art. 173, <i>caput</i> e § 3º, § 4º, e § 5º	Exploração da atividade econômica do Estado.
Art. 174, § 1º e IV	Prestação de serviços públicos.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

Quanto à sede material da proporcionalidade, não obstante sua natureza jurídicas metodológicas, não há uma concordância doutrinária prevalecente. Os entendimentos vão de componente do devido processo legal³⁷ a dos direitos fundamentais e respectivos mecanismos de proteção³⁸, passando pelo subprincípio do Estado de Direito³⁹.

O fato é que a proporcionalidade é amplamente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, não se fazendo mais necessário procurar derivá-la de princípios ou direitos. Essa tentativa, embora bem intencionada, muitas vezes resulta da confusão com o princípio da razoabilidade ou de uma falta de um estudo mais aprofundado a respeito do tema⁴⁰.

Sua positivação no ordenamento infraconstitucional ficou clara com a edição da Lei do Processo Administrativo Federal, nº 9.784/1999, que em seu art. 2º tratou da proporcionalidade, associando-a com a proibição de excesso:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23, p. 469, 1994.

³⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Livraria Jurídica, 2003, p. 95.

³⁹ STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 122.

⁴⁰ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 57.

moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (...)

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (...).

A menção da referida Lei contribuiu para o aumento de referências ao “princípio da proporcionalidade” nas questões administrativas e decisões judiciais, mesmo sem fundamentação ou indicação dos direitos colidentes.

Um caso em que a proporcionalidade fundamentou, de forma sistemática, uma decisão do STF, foi no julgamento do pedido de suspensão de segurança formulado pela União contra decisão do TRF, que declarou a ilegitimidade de uma norma limitadora da quantidade de cigarros em um pacote de cigarros. O Ministro Celso de Mello destacou a proporcionalidade como qualificadora da razoabilidade e limitação dos atos estatais:

(...) Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n.3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. (...)

(...) A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...), de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...) (GILMAR FERREIRA MENDES, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in Repertório IOB de Jurisprudência, no 23/94, p. 475) (...)”⁴¹.

O despacho do Ministro Celso de Mello analisou minuciosamente a adequação da medida de limitação aos fins propostos, afirmando que, ao contrário do afirmado, poderia haver um aumento da arrecadação, inexistindo grave lesão à economia. Nesse caso a medida seria inadequada. Também se afastou a

⁴¹ SS 1320, cuja Ministra Relatora foi Hellen Grace. Disponível em: www.stf.jus.br.

possibilidade de que a medida adotada pudesse proteger adequadamente a saúde pública, pois a fabricação de maços com menos de vinte cigarros poderia ajudar na diminuição do consumo de quem utiliza um maço como referência de consumo diário.

A decisão confirmou a necessidade da norma impugnada, bem como efetuou um sopesamento entre o significado da intervenção para a sociedade e os consumidores diretamente atingidos e os objetivos perseguidos pelo legislador. Se as atitudes deste são opressivas ou desprovidas da necessária ponderação, não devem prosperar.

O STJ também aplica a proporcionalidade com frequência, principalmente em questões administrativas e penais. Entre os mais recentes julgamentos, uma demanda do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que alegava a omissão do Poder Público sobre a contenção de uma encosta em particular, apesar de o mesmo fiscal da lei reconhecer a ação governamental em outros pontos. O Ministro Relator Humberto Martins assim se pronunciou:

(...) Ao Poder Judiciário compete analisar a constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Público, mas sem adentrar na discricionariedade da Administração Pública. (...)

No caso em questão, no que tange ao direito social à contenção de encostas, o que se obtém apenas a partir de obras e medidas concretas de grande vulto financeiro para o Poder Público, deve-se verificar se houve desídia na implementação de tais políticas. (...)

Imperioso ressaltar que a Lei infraconstitucional não especifica as medidas públicas a serem implantadas no Plano de Contingência. (...)

A sindicabilidade judicial sobre atos do Poder Executivo deve limitar-se, inicialmente, à verificação do cumprimento dos princípios da legalidade, legitimidade, devido processo legal, moralidade, proporcionalidade e razoabilidade. Verifica-se, portanto, que o controle judicial do mérito administrativo é excepcional, devendo ater-se a critérios específicos (...)⁴².

Do referido trecho, podem ser observadas duas constantes nos mais atuais julgamentos do STJ: 1) a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade; 2) a falta de um detalhamento dos preceitos da proporcionalidade, ou seja, sua citação pura e simples, sem uma fundamentação mais aprofundada.

Diferentemente do STJ, o TJPR tem uma visão mais aprofundada da proporcionalidade e da ponderação. Um exemplo é o julgamento de um pedido de indenização por danos morais resultantes de publicação de notícias de irregularidade na UENP, que revelou entendimentos como os apresentados a seguir:

⁴² RE 1.518.223/RJ, julgado em 09 de junho de 2015. Disponível em: www.stj.jus.br.

(...) Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger à espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

O relato acima expressa, de maneira figurativa o que se convencionou denominar de ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos. De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir: (...) Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis, sejam difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção.

Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo e normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. (...)⁴³.

O TJPR usa proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos, apesar de conferir a ambos o parâmetro de técnica de decisão jurídica, aplicável a casos mais complexos, nos quais a subsunção mostra-se insuficiente para uma análise mais aprofundada e uma resolução mais eficiente.

Um dos exemplos recentes mais fundamentados e metódicos da aplicação da proporcionalidade deu-se no TRF da 1ª Região, ao julgar um Recurso da parte da Telemar Norte Leste S.A. Na extinta rede social “Orkut”, um particular criou uma comunidade denominada “Poder Nazista”, em computador dentro das dependências

⁴³ Processo nº 1.346.708-4, em 1º de junho de 2015. Disponível em: www.tjpr.jus.br.

da referida empresa. Apesar das repetidas solicitações para que a Telemar retirasse a página do ar, esta não o fez, alegando a impossibilidade de resolver o problema e limitando-se a fornecer os dados do autor do delito⁴⁴.

A 1ª Vara da Fazenda Pública de Varginha, Minas Gerais, havia condenado a Telemar a uma indenização por danos morais coletivos no valor de R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais). Quando a Apelação chegou ao TRF da 1ª Região, o Desembargador Federal Relator Néviton Guedes assim se pronunciou:

(...) Contudo, apesar de entender que o juiz enfrentou a integralidade dos elementos que dão contorno do quanto é devido, parece haver uma certa desproporcionalidade no valor fixado de dez milhões de reais.

No caso, afigura-se possível atingir o mesmo desiderato de quantificação do dano eventualmente havido, levando em consideração que mais de cem pessoas (fls. 174/181 e fls. 188/227) se deram ao trabalho, não só de acessar a página, mas de fazer (escrever) comentários, na maior parte revelando-se ofendidos. Além disso, pode-se legitimamente considerar que pelo menos a cada usuário que se dá ao trabalho de fazer comentários, numa projeção conservadora, pelo menos outros dez acessaram a página, mas sem manifestar (por escrito) sua opinião.

Assim pode-se perfeitamente, numa avaliação acanhada, concluir que, pelo menos mil pessoas (10 x 100) acessaram a página, sendo ainda de concluir-se que, considerando o veículo (a internet), a página pode e deve mesmo ter sido acessada por dezenas de milhares de pessoas.

Partindo desse parâmetro, fixando para cada pessoa que acessou a página o valor de mil reais, multiplicando esse valor por mil acessos (10x100), entre aqueles que fizeram comentários e os que apenas acessaram a página, isto é, valendo-se do número conservador de mil usuários, teríamos o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), que é o valor que em definitivo estou fixando, porque, além do parâmetro numérico, esse valor também me parece, à luz do Princípio da Proporcionalidade, e os seus subprincípios da adequação e da proibição do excesso, é o mais adequado e necessário para a proteção do bem que se visa proteger na espécie, que é a dignidade da pessoa humana, os valores constitucionais da personalidade, a rejeição que toda comunidade nacional, não só o Estado brasileiro, deve ter à prática do racismo.

Correta, portanto, a sentença apelada que condenou a requerida por danos morais difusos com fundamento na omissão da Telemar em atender às diversas determinações judiciais e deixar de empreender os procedimentos necessários à identificação do agente que estaria divulgando mensagens de apologia ao regime nazista por meio de terminal de computador existente em suas dependências. Além disso, indiscutível a sua responsabilidade objetiva pelo dano praticado empregado seu a partir de um computador também de sua propriedade (da empresa).

Portanto, tudo considerado, pelo princípio da proporcionalidade, reduz-se a indenização fixada pelo referido Juízo a quo para R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por ser o valor mais adequado para a proteção do bem que se visa proteger, no caso, a dignidade da pessoa humana, os valores

⁴⁴ Apelação Cível nº 2009.38.09.001720-7/MG, julgada em 28 de janeiro de 2015. Disponível em: www.trf1.jus.br.

constitucionais da personalidade, a rejeição que toda comunidade nacional, não só o Estado brasileiro, deve ter à prática do racismo (...).

No que pese a subjetividade da aplicação da proporcionalidade, o referido voto é uma demonstração de uma análise metódica e cuidadosa da adequação e da necessidade para alcançar a ponderação necessária para uma decisão mais justa.

Concluído o estudo preliminar da proporcionalidade e da ponderação, passaremos à análise de alguns dos principais estudiosos e críticos dos temas, numa abordagem mais teórica e crítica que permitirá auferir a fragilização do direito em um momento posterior.

2. OS CRÍTICOS E AS CRÍTICAS À PONDERAÇÃO

Em sequência ao estudo sobre a proporcionalidade, examinaremos agora as posições de alguns estudiosos do Direito Constitucional que, em maior ou menor grau, criticam a ponderação nas decisões judiciais.

2.1 LENIO LUIZ STRECK

Lenio Luiz Streck nasceu em 1955, no Rio Grande do Sul. Procurador de Justiça aposentado, jurista, advogado e professor de Direito na Unisinos. Autor de “Verdade e Consenso”, “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise” e “Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica”, entre outros livros. Concluiu Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa em 2001. Foi um dos coordenadores, junto a Gilmar Ferreira Mendes e outros autores, do livro *Comentários à Constituição do Brasil*, obra vencedora do Prêmio Jabuti 2014, segundo lugar na categoria Direito.

Para o jurista gaúcho, os cursos de Direito em geral cometem o erro de colocar disciplinas formativas, como Filosofia, Sociologia, Hermenêutica e Ciência Política, no elenco de mero ritual, penoso e obrigatório, de passagem do aluno para chegar ao estudo do curso considerado propriamente dito. Isso transformaria o estudo jurídico em uma simples técnica instrumental, alienada de uma imprescindível reflexão de natureza reflexiva⁴⁵.

A interpretação jurídica ainda é constituída por um emaranhado de posturas metodológicas que, de forma confusa, buscam soluções automáticas, no evidente objetivo de servir de pronto socorro para solucionar casos, deixando de lado a reflexão sobre os fenômenos que se entrelaçam com os respectivos fatos.

Daí decorrem diversas posturas, que favorecem atividades discricionárias e arbitrárias. Em plena era democrática, sem nenhuma referência à jurisdição constitucional, tribunais fazem proliferar “textos legislativos” (jurisprudência) infraconstitucionais e até mesmo entendimentos contrários à Constituição. Tudo sem critério objetivo, assumindo atitudes objetivistas, como se lei e direito fossem a mesma coisa. Em outros momentos, assumem posições pragmáticas, como se o texto legislativo nada valesse⁴⁶.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77.

⁴⁶ *Idem*, p. 40 e 41.

Streck alerta para as hipóteses de uso sem a devida discussão regra-princípio da proporcionalidade, pois esta não subsiste isoladamente. Invocada aleatoriamente e sem relação com elementos do caso concreto, pode resultar em decisões discricionárias e/ou arbitrárias.

Robert Alexy, famoso por suas fórmulas de sopesamento, ganha uma interpretação mais continuada. Para Streck, o jurista e filósofo alemão criou um modelo em que a ponderação não substitui ou supera a adequação do fato à norma, mas a pressupõe. As ponderações fixariam um resultado, chamado regra de direito fundamental *adscripta*, que não seria uma resposta direta para o caso, mas o elemento a ser utilizado para resolvê-lo. Casos similares seriam decididos sem a necessidade de proceder-se a uma nova análise⁴⁷. Superada a confusão entre regra e princípio, essa poderia ser uma boa solução jurídica.

Exemplo citado pelo autor é o HC 82.424, em setembro de 2003, conhecido como “Caso Ellwanger”. Após absolvição no juízo singular, foi condenado pelo TJRS, e, perante a Suprema Corte sua defesa sustentou que o fato imputado contra ele havia prescrito, uma vez que a discriminação contra os judeus não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo. O STF negou pedido de declaração de extinção da punibilidade em favor do paciente, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus após editar, distribuir e vender livros antissemitas de sua própria autoria e de outros autores.

A proporcionalidade foi usada para argumentar contra e a favor do paciente, com inúmeras e discricionárias citações de julgados, inclusive internacionais. Porém, segundo Streck, a solução era “constrangedoramente simples”, não havendo nada a ponderar, pois a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não açambarca um pensamento racista. Sendo o racismo um crime imprescritível, não há que se falar em extinção da pena⁴⁸.

O HC acabou negado. Contudo, os votos vencidos, baseados em juízos de ponderação, demonstraram os perigos com uma teoria argumentativa mal adaptada às condições brasileiras. Até mesmo Alexy estabeleceu procedimentos formais, simplesmente ignorados por alguns ministros em julgados como o HC 82.424. Essa jurisprudência de valores abre caminho para o relativismo, obscurecendo o valor da tradição como guia interpretativo e permitindo a discricionariedade, sempre perigosa.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 633.

⁴⁸ *Idem.*, p. 650.

Para o jurista gaúcho, a ponderação de princípios é aplicada de forma equivocada no Brasil: feita diretamente, colocando um princípio de cada lado e disso extraindo o resultado. Uma suposta colisão cujo resultado dependerá de um ato de vontade do intérprete⁴⁹.

Streck aponta, a partir de estudos de casos em diversos tribunais e esferas (constitucional, tributária, penal, administrativa), três falhas na aplicação do “princípio” da proporcionalidade: 1) a sua aplicação ‘substitui’ a fórmula da proibição de excesso; 2) sua utilização serve apenas de alibi para uma escolha ponderativa, disfarçando a discricionariedade e, muitas vezes, a arbitrariedade; 3) seu uso recorrente de forma direta, sem referência a princípios afetados⁵⁰.

A seu ver, o tratamento de enxergar a proporcionalidade e a ponderação como princípios é equivocado, decorrente do pamprincipiologismo que toma conta dos tribunais brasileiros. Este é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acabaria por fragilizar as árduas conquistas materializadas na Constituição de 1988. Consequentemente, há uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes à margem da própria legalidade constitucional.

Streck reconhece o valor da discussão e os avanços trazidos pela proporcionalidade no âmbito do Estado Democrático de Direito. A estruturação desse método proporcionaria não só um garantismo negativo (proteção contra excessos do Poder Público), quanto um positivo (quando o sistema jurídico preocupa-se com o fato de as autoridades não protegerem algum direito fundamental de forma suficiente)⁵¹.

Tal proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode ajudar a determinar se um ato estatal, comissivo ou omissivo, viola um direito fundamental de proteção⁵².

Assim seria possível manter a forma de proteção dos direitos fundamentais como aplicação de equanimidade, entendida como uma aplicação proporcional do dispositivo legal, na forma de proteção contra excessos, de um lado, e deficiências,

⁴⁹ A conhecida prática de “colher cerejas”.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 648.

⁵¹ *Idem*, p. 653.

⁵² PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 798 e 799.

de outro. Isso deve ser feito com cautela, para evitar discricionariedades e arbitrariedades interpretativas.

2.2 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Ernst-Wolfgang Böckenförde é ex-juiz do TCFA, conceituado filósofo do Direito, professor emérito da Universidade de Freiburg e autor de mais de vinte livros e 80 artigos sobre teoria da constituição e pensamento político. Já recebeu diversos prêmios em sua carreira.

Filia-se à corrente crítica partindo do pressuposto de que a proporcionalidade constitui um critério vazio, sem qualquer referência objetiva. Ancorado em uma premissa básica, o fato de intuitivamente ninguém estar disposto a aceitar uma decisão desproporcional, esconde valorações subjetivas e irracionais, levando sempre a soluções imprevisíveis e particulares não controláveis por critérios jurídicos⁵³.

Faltaria à proporcionalidade, na esfera constitucional, pontos de referências jurídicos autorizativos de sua aplicação. Ao contrário do Direito Administrativo, onde há um sólido ponto de referência (a finalidade da competência conferida pela lei à Administração Pública), no campo dos direitos fundamentais não existe referencial de tamanha grandeza. Isso só seria possível se fosse formalmente estabelecida uma ordem hierárquica estipulando, com segurança jurídica, qual direito deveria prevalecer sobre o outro.

Em 1985, Böckenförde foi voto vencido no TCFA⁵⁴, juntamente com outro juiz, num caso em que se apreciava a constitucionalidade de lei regulamentadora da objeção de consciência ao serviço militar, previsto na Lei Fundamental da Alemanha:

Artigo 12 a

[Serviço militar e serviço civil obrigatórios]

(1) Homens a partir de 18 anos de idade completos podem ser mobilizados para o serviço militar nas Forças Armadas, na Polícia Federal de Proteção das Fronteiras ou numa organização de defesa civil.

(2) Quem, por razões de consciência, recusar o serviço militar que inclua a utilização de armas, poderá ser obrigado a prestar serviço substitutivo. A duração deste serviço substitutivo não poderá ser superior à do serviço

⁵³ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dicum, 2009, p. 144.

⁵⁴ O TCFA possui 16 juizes, divididos em dois "senados", com oito membros cada. O mandato é de 12 anos, sem direito à reeleição.

militar. A matéria será regulamentada por uma lei que não poderá restringir a liberdade de consciência e que terá de prever também a possibilidade de um serviço substitutivo que não tenha qualquer vínculo com as Forças Armadas, nem com a Polícia Federal de Proteção das Fronteiras. (...).

A citada lei regulamentadora exigia a exposição minuciosa e pessoal dos motivos para a objeção, além de atestado de boa conduta do interessado em ser dispensado do serviço militar e assim prestar serviço substitutivo. Se considerada necessária a sua participação e/ou irrelevantes suas razões e argumentos, a dispensa poderia ser negada.

Por maioria de votos, o TCFA decidiu sobre a validade dessas exigências, ponderando o direito de objeção com a efetiva defesa nacional, privilegiando esta.

2.3 MARCO AURÉLIO MARRAFON

Marco Aurélio Marrafon é mestre e doutor em Direito do Estado pela UFPR, com diversos estudos acadêmicos na área de Direito Constitucional e Teoria da Constituição, professor e advogado militante. Também é autor de dois livros e presidente da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

O neoconstitucionalismo trouxe uma pretensão explícita de superar os métodos tradicionais de interpretação, buscando solucionar a questão de validade, supostamente não resolvido nos modelos tradicionais de coerência interpretativa. Para tanto, foram desenvolvidas teorias de argumentação que não se limitam a pretensões descritivas, mas englobam prescrições. Em outras palavras, procuram mostrar como as decisões devem ser justificadas⁵⁵.

Marrafon critica a tentativa de Alexy de imprimir racionalidade lógica à ponderação, através da delimitação de critérios instrumentais para o processo de balanceamento, com o objetivo de garantir objetividade na decisão judicial. Longe de garantir uma racionalidade decisória, necessária para a defesa teórica da jurisdição constitucional, o discurso “sedutor e bem arquitetado” do filósofo e jurista alemão possuiria algumas deficiências, resumidas a seguir.

1) Para o discurso racional é inadmissível a utilização do procedimento argumentativo até o suposto alcance do consenso sobre a verdade e a justiça. A

⁵⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2010, p. 146.

teoria de Alexy parece esquecer ser comum o momento de descoberta da premissa (orientado por uma pergunta prévia) como determinante do resultado do julgamento, onde justificações adquirem uma roupagem retórica. A argumentação e a decisão não podem ser confundidas.

2) Inexistência de critérios condicionantes de uma hierarquia dos argumentos, especialmente para justificar à sociedade, onde valores incidem. Ou seja, ao não considerar a realidade presente, os tribunais agem de modo arbitrário. A questão epistemológica (teoria do conhecimento) da ponderação leva a uma escassez democrática do Estado, ocasionada pela possibilidade de concessão excessiva de poder aos juízes.

3) A divisão da ponderação em etapas dificulta a aplicação interpretativa. Ao distinguir, com critérios discutíveis, casos 'fáceis' e 'difíceis', o dedutivismo de achar que a simples subsunção pode ser aplicada aos primeiros não se sustenta diante de uma crítica mais apurada de interpretação.

4) Ao colocar a argumentação como uma etapa posterior – e complementar – à interpretação, Alexy e seus seguidores não dão conta da necessária dimensão ontológica (reflexiva e mais restrita) da decisão jurídica, promovendo um retorno à metodologia fundada metaforicamente, isto é, sem devidos e sólidos critérios.

5) Tenta evitar a discricionariedade, porém usa fórmulas e instrumentos ineficazes. Esquece que cada princípio ou argumento no processo de sopesamento determinante do resultado da técnica de ponderação é determinado de forma interpretativa e interna. Os pesos são naturalmente controversos⁵⁶.

Em grande parte, pela teoria do discurso e os fundamentos da razão comunicativa de Jürgen Habermas⁵⁷, o Estado Democrático de Direito começou a ser visto como a materialização de processos e premissas de comunicação necessários para a formação – e a consolidação – da opinião e da vontade.

Dessa forma, o Poder Judiciário buscou uma aproximação com a sociedade, assumindo, e por vezes superando o Legislativo em sua histórica acepção democrática. A soberania popular, mesmo de forma restrita, aproximou-se da efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

⁵⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2010, p. 152 a 154.

⁵⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 134.

Os papéis dos Poderes foram redefinidos. A ideia de representação e de legitimidade democrática do Legislativo passaram a conviver o diálogo entre o Judiciário e a Sociedade, por meio de consultas e audiências públicas, onde, segundo Habermas, é criado o direito legítimo⁵⁸. Ao tentar estabelecer critérios distantes desses diálogos, orientados para uma análise matemática e não contextual de princípios, a argumentação alexyana poderia representar um retrocesso.

Marrafon alerta para a importância da demarcação de parâmetros visando à contenção da discricionariedade e, ao mesmo tempo, de buscar a promoção do dever argumentativo em mostrar o acerto das opções realizadas em cada julgamento, onde o diálogo com a sociedade pode mostrar-se extremamente frutífero.

Nos casos de conflito aparente entre normas e princípios, com colisão de direitos fundamentais, as citações normativas manifestam-se com um viés principiológico. É comum não haver uma compreensão já consolidada e aceita na prática constitucional, gerando os chamados “casos difíceis”, desconectados da realidade social e do diálogo do Judiciário com fontes mais simples, mas de grande importância para tentar entender e resolver os conflitos existentes.

Para evitar desconexões de terminologia que possam levar a confusões, Marrafon sugere nomear esses casos de “compreensão complexa”, como indicativo de uma situação não regular (não ordinária) de decisão constitucional. Surge uma forte necessidade por um processo argumentativo consistente, a ser concebido de forma hermenêutica (filosoficamente fundamentada) e dialética (debates e mergulho na realidade contextual). Fórmulas dotadas de pretensões universalizantes (generalistas) devem ser evitadas.

Tais decisões não atacariam o verdadeiro problema, o da construção da verdade processual atuante na origem da decisão, acabando por servirem como uma discricionariedade encoberta por um instrumento retórico. Feita essa advertência, Marrafon não ignora a importância dos argumentos de ponderação, a serem devidamente observados, cuja aceitação deverá ser menos vinculada a procedimentos formais, porque em grande parte dependem do contexto existencial.

Torna-se imprescindível o diálogo da Corte Constitucional e seus magistrados com a comunidade, sem imposições de convicções pessoais ou

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Democracia: entre faticidade e validade. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, volume 2, p. 183.

compreensões prévias disfarçadas. Para eliminar esses equívocos a atitude a ser tomada deve ser pautada na eliminação de dissimulações, através de sucessivas análises hermenêuticas, combinadas com a produção argumentativa. A intervenção torna-se, dessa forma, mais legítima, minimizando a violência causada pelo direito ou mesmo pelo seu afastamento⁵⁹.

Essa análise da argumentação permitiria uma abertura interpretativa fundamentada, colocando a ideia de proporcionalidade, de forma mais ampla ou restrita, de forma a funcionar como um fator de eliminação de dissimulações. Se um princípio “A” deve ser o escolhido, porque sua violação acarretaria mais prejuízos do que a preferência por um princípio “B”, não havendo um princípio “C” mais apropriado, a terceira etapa da proporcionalidade é uma boa solução para o caso.

Dessa forma, o uso de argumentos de proporcionalidade, ou seja, a ponderação aplicada com os ensinamentos da hermenêutica, de forma cuidadosa e fundamentada, pode ser útil, especialmente para evitar excessos ou deficiências na relação meio-fim, seja de uma lei, um julgamento ou um ato administrativo. Portanto, os três Poderes podem ser bem atendidos⁶⁰.

Importa, segundo Marrafon, delimitar mecanismos de controle de sua utilização, rejeitando-se, para tanto, qualquer análise intuitiva relativa a consequências, o que impõe a carga do ônus da prova (por parte do aplicador), de forma factual e teórico a partir de valores (axiológico). Além disso, a ponderação deve estar vinculada a critérios, doutrinária e jurisprudencialmente reconhecidos, construídos a partir de uma prática constitucional autêntica, realizada tão-somente em conformidade com uma Teoria da Constituição adequada às condições da realidade social em que está inserida. Mais uma vez, é ressaltada a importância do diálogo com a sociedade.

Em última análise, argumentos de proporcionalidade constituem um fato de auxílio para o alcance (descobrimento) da verdade decisória dentro de uma mediação hermenêutico-argumentativa. Esta, por sua vez, constitui uma mediação na complexidade do processo decisório. Toda teoria argumentativa deve ser compreendida dentro do horizonte histórico em que se realiza, nos limites da capacidade compreensiva do sujeito que lê, ouve e interpreta.

⁵⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*, p. 146.

⁶⁰ *Idem*, p. 194.

2.4 BERNARD SCHLINK

Bernard Schlink é um jurista e escritor alemão, professor de Direito e Filosofia e um constitucionalista especializado em direitos fundamentais e proporcionalidade. É autor de diversas obras jurídicas e de ficção. Assim como Böckenförde, acredita na carência de fundamentos jurídicos para a aplicação da proporcionalidade, afirmando que a precedência condicionada entre princípios estaria relacionada intimamente com ideologias diversas e visões dos julgadores, afastando-se de uma fundamentação mais sólida⁶¹.

A evolução na compreensão dos direitos fundamentais como princípios desempenhou importante papel crítico e evolutivo em termos jurídicos, em virtude da descoberta de novas funções para o que antes era apenas um listagem teórica de proteção.

De simples pretensões de particulares dirigidas contra o Estado, os direitos fundamentais evoluíram para funcionar, também, como princípios e valores, contribuindo para o Poder Judiciário fazer frente aos excessos ocasionais do Legislativo e aos eventuais abusos do Executivo⁶².

Schlink enxerga dois campos de batalha: o legislativo e o judiciário. Se o oponente vence no primeiro, por sua maioria numérica obtida nas eleições, é possível uma nova tentativa no segundo, com um possível e pretense entendimento majoritário a partir da defesa dos direitos fundamentais. Para a evolução se concretizar, é necessário que eles não sejam vistos mais como direitos subjetivos, mas princípios orientadores da sociedade e do Estado Democrático de Direito⁶³.

A passagem de direitos subjetivos para objetivos otimizou os direitos fundamentais, definidos como a sustentação do ordenamento social e do Estado com a sociedade. O respeito ao indivíduo recebe uma denotação mais ampla: o respeito a todos.

A despeito dessa evolução, Schlink critica a exposição dos direitos fundamentais a interpretações descontroladas e a um novo subjetivismo, agora do julgador. Além disso, a competência das cortes constitucionais ampliaram-se consideravelmente, a ponto de haver um desequilíbrio de Poderes.

⁶¹ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 144.

⁶² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

⁶³ SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *Cardo Law Review*, n. 14, 1993, p. 720.

O professor alemão também se preocupa com o conhecimento das tendências jurisprudenciais, da sensibilidade, da personalidade e da atmosfera dentro e fora dos tribunais. Ou seja, para a correta determinação do conteúdo e da extensão dos direitos fundamentais, é necessário uma abertura com a sociedade, algo que uma metodologia meramente argumentativa e baseada em modelos matemáticos não tem como fornecer.

Schlink atribui o advento do ativismo judicial ao desprestígio da classe política após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), tida, em particular na Alemanha, como a responsável pelo desastre do país. Ao mesmo tempo, o TDCA, criado em 1951, deu uma nova esperança aos cidadãos⁶⁴. Seus estudos não excluem os direitos fundamentais como uma pretensão também subjetiva. Constata, ironicamente, que a função de reconstruir todo o problema político e social, não tem sido cumprida pelos direitos fundamentais, dadas as interpretações equivocadas e ao uso indevido da ponderação.

Para evitar esses problemas, Schlink propõe um pensamento sobre o tipo da intervenção e o seu limite. De um lado, a defesa da liberdade protegida pelos direitos fundamentais contra intervenções do Estado; de outro lado, a imposição de medidas e parâmetros a esse mesmo Estado, quando este define limites à liberdade dos cidadãos.

A intervenção dar-se-ia no exame da adequação e da necessidade para atingir uma finalidade legítima, de modo que os direitos fundamentais transformar-se-iam numa espécie de escudo contra determinadas ações do Estado. Sua visão, no entanto, não adentra a ponderação entre bens individuais e coletivos, entre liberdade e finalidade⁶⁵.

Schlink considera que seria impossível para os tribunais constitucionais sopesarem de forma objetiva, pois essa tarefa caberia melhor às esferas políticas. A adequação e a necessidade já propiciariam um juízo técnico e suficiente para resolver conflitos. As mudanças de interpretação dos direitos fundamentais devem-se mais aos amplos poderes das cortes – e aqui entra um forte componente político-contextual – do que a desenvolvimentos teóricos em si. A preocupação não foi o desenvolvimento de teorias, mas a resolução de casos concretos,

⁶⁴ SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *Cardo Law Review*, n. 14, 1993, p. 727.

⁶⁵ Liberdade mediante resistência estatal – reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. Tradução inédita de Leonardo Martins. *Europäische Grundrecht-Zeitschrift*, 1984, p. 220.

encerrando-os para desafogar a carga de trabalho, sem o ataque às raízes dos problemas.

Dada a natureza subjetiva e decisionista do raciocínio do sopesamento, sua legitimidade seria unicamente política, alheia aos tribunais. Isso não é um problema em si, porém não deve ser usado como critério de decisões pelos juízes. Essa tarefa deve caber aos legisladores.

Não que o sopesamento deixasse de ser subjetivo no âmbito do Poder Legislativo. Pelo menos, este possui legitimidade democrática para suas decisões, ao contrário do Judiciário. Claro que muitos contestam esse raciocínio, afirmando que os magistrados são legitimados pela Constituição, democrática. Para Schlink, no entanto, somente a sociedade, por meio de seus representantes, pode tomar decisões baseadas em ponderações entre interesses individuais e coletivos, para e contra determinados valores e bens, estabelecendo preferências⁶⁶.

O ponto crítico seria a questão dos amplos poderes de um tribunal constitucional e das inclinações políticas de seus diferentes juízes, cujas decisões serão fortemente influenciadas por esses conceitos prévios. Schlink critica as abordagens genéricas e afirma que não há revisão judicial independente de um contexto histórico⁶⁷.

A título de ilustração, são listadas a seguir as composições, formas de indicações e influências políticas de alguns tribunais constitucionais no mundo:

Tabela 4: características de tribunais constitucionais de alguns países				
País	Nome do tribunal constitucional respectivo	Composição	Quem indica	Viés político
Brasil	Supremo Tribunal Federal	11 Ministros	Presidente; o Senado deve aprovar. Há mais de cem anos os nomes indicados não são rejeitados.	Influência política importante antes da indicação, contudo depois nem sempre os ministros seguem as ideologias dos presidentes que os indicaram.

⁶⁶ GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. *Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 32.

⁶⁷ SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *Cardo Law Review*, n. 14, 1993, p. 744 a 782.

Tabela 4: características de tribunais constitucionais de alguns países (continuação)				
País	Nome do tribunal constitucional respectivo	Composição	Quem indica	Viés político
Argentina	Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina	5 Juízes	O Presidente propõe os candidatos ao Senado, que aprova, ou não.	Os juízes são facilmente identificáveis por suas tendências políticas. Grande tensão e expectativa quanto ao posicionamento relativo aos períodos autoritários.
Venezuela	Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela	32 Magistrados	Eleição pela Assembleia Nacional (única-cameral), dominada pelo Poder Executivo.	Uma das maiores cortes constitucionais do mundo, fruto da forte burocratização estatal, que também interfere na atuação dos juízes. Alto viés político.
Canadá	Suprema Corte do Canadá	9 Ministros, sendo 3 de Québec	O Governador-Geral (Representante do Monarca do Reino Unido), com base no Conselho Privado para o Canadá.	Há fortes tensões, principalmente em virtude de Québec ter 33% dos assentos, mas somente 25% população. As indicações são territoriais. A partidização é moderada e evitada.
Estados Unidos da América	Suprema Corte dos Estados Unidos da América	9 Juízes	O Presidente indica e o Senado aprova. A última rejeição ocorreu em 1987.	Embora não haja explícita vinculação partidária, os juízes são conhecidos por suas tendências ideológicas: quatro são conservadores, quatro liberais e um moderado, muitas vezes decisivo. O senado eventualmente rejeitou nomes por questões políticas, principalmente durante o governo Reagan (1981-1989).

Tabela 4: características de tribunais constitucionais de alguns países (continuação)				
País	Nome do tribunal constitucional respectivo	Composição	Quem indica	Viés político
Alemanha	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	16 juízes, divididos em duas grandes turmas (senados)	Os juízes são eleitos pela Comissão Eleitoral da Câmara (50%) e pelo Senado (50%). Mandato de até doze anos.	Há uma tentativa de desvinculação política, embora com forte preocupação com experiência administrativa. É um dos tribunais com indicação mais técnica.
Áustria	Tribunal Constitucional da Áustria	14 membros	8 indicados pelo Presidente Federal, 3 pelo Senado e 3 pela Câmara.	Hans Kelsen já reconhecia a inevitável movimentação política no Tribunal durante a Primeira República, democrática (1919-1933). ⁶⁸
França	Conselho Constitucional	9 membros, com mandato de 9 anos (1/3 renovado a cada 3 anos): indicação paritária entre os Presidentes do Senado, da Câmara e da República. Os ex-presidentes têm assento, o que eleva o número para 12.		Considerável influência da jurisprudência administrativa nas decisões. Com uma representação majoritariamente de “direita”, o Conselho é criticado por alguns políticos. Está em discussão a supressão dos lugares reservados a ex-presidentes.
Rússia	Suprema Corte da Rússia	170 juízes (13 juízes compõe o “Presidium”, que toma as decisões mais importantes.)	O Presidente indica e o Senado vota a indicação.	Há uma teórica independência funcional. O elevado número de membros é decorrência dos tempos do comunismo. A ex-URSS chegou a ter mais de cem ministérios.

⁶⁸ Kelsen desconfiava da extensão de princípios que não se encontram explicitamente positivados, denominando-os de “postulados que não são juridicamente obrigatórios” ou “fórmulas que não encerram nada mais que a ideologia política corrente. PEDROSA, Gilberto. *Comodidades no mundo constitucional: O que nos incomoda? Teorizações e discursos jurídicos perfeitos e o “ascender e apagar das luzes”*. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/comodidades-no-mundo-constitucional-o-que-nos-incomoda-teorizacoes-e-discursos-juridicos-perfeitos-e-o-ascender-e-apagar-das-luzes/> Último acesso em 28 maio 2015.

Tabela 4: características de tribunais constitucionais de alguns países (continuação)				
País	Nome do tribunal constitucional respectivo	Composição	Quem indica	Viés político
Reino Unido	Suprema Corte do Reino Unido	12 juízes	Uma comissão da Câmara dos Lordes indica; o Lord Chanceler, aprovando a escolha, indica-a ao Primeiro-Ministro, que repassa a escolha à Rainha	O problema aqui não é o viés político, mas de diálogo e entendimento com a sociedade. Todos os membros são nobres. A exceção de um, os demais têm mais de 65 anos.
Itália	Corte Constitucional da Republica Italiana	15 juízes	5 juízes pelo Presidente da República; 5 pelo Parlamento (sessão comum); 5 por órgãos judiciais e administrativos.	As nomeações do Presidente obedecem somente a quesitos formais. As exigências para eleição dos demais chegam ao ponto de comprometer a composição da Corte.
Portugal	Tribunal Constitucional de Portugal	13 juízes	10 eleitos pela Assembleia da República e 3 eleitos pelos outros 10 (mandato não renovável de 9 anos).	Há intensa pressão política sobre os juízes. Suas decisões são eventualmente questionadas, seja pelo viés político, seja por suposta falta de fundamentação.
Estado de Israel	Suprema Corte	14 juízes	Comitê de Seleção do Poder Judiciário. A seleção de não magistrados (advogados) é rara.	A maior confusão é sobre a própria composição da Suprema Corte, que variou severamente desde a sua criação (1948). A nomeação pelo Judiciário tem como objetivo diminuir a influência política.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

A partir da análise dessas doze cortes constitucionais⁶⁹, é possível constatar que quando a influência política não toma conta diretamente das decisões (Argentina, Venezuela, Rússia e Áustria), em algum momento as movimentações

⁶⁹ Entre os países listados, Reino Unido e Estado de Israel não possuem uma constituição escrita integrada. Contudo, esses países possuem leis com estatuto constitucional. A Magna Carta e a Declaração de Direitos, no primeiro, e nove leis que regulam a organização e as diretrizes do Estado, no segundo, são exemplos disso.

partidárias são determinantes para a escolha e aprovação dos magistrados, (Brasil, Estados Unidos, França e Itália).

No Reino Unido ainda não é possível determinar a extensão da influência política na tomada de decisões dos juízes. A Câmara dos Lordes possui representação partidária bem mais pulverizada do que na Câmara dos Comuns. Contudo, a origem nobre dos juízes é um sério risco para o diálogo constitucional com a sociedade e seus problemas mais corriqueiros, mas nem por isso menos importantes.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional parece tomado por agudas crises de protagonismo, que geram críticas políticas e jurídicas, agravadas por um estabelecimento relativamente recente.

Canadá, Alemanha e Israel parecem mais adiantados em relação a uma Suprema Corte atuante e com certa independência de tomada de decisões. De qualquer forma, os respectivos magistrados não estão livres do conceito histórico e de conceitos prévios, mesmo que não diretamente vinculados a partidos políticos, confirmando os dizeres de Schlink.

O modelo da ponderação é preenchido de forma diferenciada em cada sociedade, mais ou menos avançada. Essa diferenciação não ocorre por causa dos direitos fundamentais, e sim pela diferença de cada âmbito social, dando origem a diferentes hipóteses e realidades, respondidas de maneiras variadas.

Durante esse processo são estabelecidas regras de organização argumentativa, das quais são extraídas as compatíveis e admissíveis para os direitos fundamentais. No entanto, o modelo de ponderação não é sensível o suficiente para diferenciar argumentos bons e ruins, em decorrência de perguntas cujas respostas são “sim” ou “não”. Em uma análise mais complexa, voltada para as legitimidades ou os valores dos bens jurídicos, estes não integram a proporcionalidade em sentido estrito⁷⁰.

2.5 JÜRGEN HABERMAS

Filósofo e sociólogo alemão, sua infância sob o nazismo teve um efeito duradouro em seu pensamento. Completou seu doutorado aos 25 anos. Palestrante,

⁷⁰ GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. *Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 34.

professor e ganhador de diversos prêmios. Aposentou-se em 1993, assumindo um papel ativo na esfera pública, entrando em debates sobre a Segunda Guerra Mundial e o terrorismo.

Habermas acredita que as tradições da sociedade não estão necessariamente entre os maiores interesses dos indivíduos. Estes precisam ser capazes de questionar e mudar essas mesmas tradições, podendo fazer isso por meio da razão comunicativa na esfera pública, o que: 1) constrói o consenso; 2) ocasiona a mudança; 3) fortalece a sociedade. Esta sociedade é, portanto, dependente da crítica às suas próprias tradições⁷¹.

Uma decisão judicial deve ter a garantia da certeza e da legitimidade, devendo ser consistente e aceitável para a sociedade. A certeza viria de entendimentos pautados na existência de um sistema de precedentes, com os quais haveria um diálogo entre presente e passado. A legitimidade vai além: demanda uma racionalidade fundamentada, no sentido de que todos os participantes do processo (discurso) possam aceitá-las como decisões racionais, portanto justas⁷².

Para Habermas, regras e princípios são normas que moralmente válidas, sem uma estrutura guiada apenas para a realização de um fim. Assim, princípios não deveriam ser entendidos como mandamentos otimizantes, pois tal definição inviabilizaria o caráter deontológico (de descoberta da verdade e fuga de erros) da norma.

Para a decisão judicial, Mais importante do que atingir o fim da maneira mais efetiva possível, seria a argumentação desempenhada pelo magistrado, viabilizando a legitimidade do Poder Judiciário. Para tornar-se um discurso racional, esses argumentos deveriam ser motivados pela participação igual e universal dos interessados, para no final haver uma aceitação sólida, não apenas um conformismo coercitivo⁷³.

Habermas devotou especial crítica à “jurisprudência de valores” do TCFA e à consequente falta de clareza das decisões do mesmo. Direitos não deveriam ser necessariamente assimilados como valores, pois estes não têm uma prioridade óbvia e incondicional em relação a outros valores. Ponderar, assim, poderia

⁷¹ *O livro da filosofia*. Tradução de Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011, p. 307.

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Entre fatos e normas*. Massachusetts – EUA: MIT Press, 1998, p. 198.

⁷³ *Idem*, 208.

transformar a interpretação do Direito em mero “negócio de realizar valores”, sem qualquer intenção de universalizar e fundamentar a argumentação, mas apenas com preocupações específicas e pouco construtivas para a sociedade e o sistema como um todo⁷⁴.

A tabela a seguir resume as diferenças entre valores e normas de ação, na perspectiva de Habermas:

Tabela 5: diferenças entre normas de ação e valores na perspectiva de Habermas		
Aspecto	Valores	Normas de Ação
Representação	Normas casuísticas, fluidas, influenciáveis.	Normas que obrigam seus destinatários igualmente e sem exceção.
Caráter	Teleológico, apenas voltado para a obtenção de um fim.	Voltado para o desenvolvimento da argumentação fundamentada, o que legitima a decisão judicial.
Consequências	Normas casuísticas.	Destinatários igualmente e sem exceção, obrigados a um comportamento generalizado.
Preferências	Dividas intersubjetivamente, ou seja, dependem de contextos e setores sociais. Alguns bens são melhores do que os outros, em coletividades específicas.	Mais do que preferidas, são universalmente vinculantes. “Demanda de validade binária”: ou são válidas ou são inválidas ⁷⁵ .
Crítérios de ocorrências	Entram em uma determinação configuração com outros valores, com objetivo de constituir uma ordem simbólica de expressão da identidade e forma de vida de uma comunidade jurídica em particular ⁷⁶ .	Regulam um assunto de forma equânime, de igual interesse de e para todos.
Papéis desempenhados	Quando as normas são utilizadas como valores de jurisprudência, o tribunal é transformado em uma instância autoritária, sem legitimidade ou argumentação coerente e consistente.	

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

O filósofo alemão ataca a falta de critérios racionais na ponderação de valores, feita caso a caso, sem reflexão e de acordo com costumes, sem uma clareza na medição dos valores.

⁷⁴ GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. *Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 34.

⁷⁵ Idem, p. 20.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Entre fatos e normas*. Massachusetts – EUA: MIT Press, 1998, p. 256.

Habermas admite a importância da teoria de valores como instrumento para a solução de conflitos entre os direitos fundamentais e outras determinações jurídicas. Recusa a ponderação para esses casos, indicando o caminho da busca da norma adequada: encontrar, entre as normas aplicáveis, à primeira vista, aquela que se adapta melhor à situação descrita de modo exaustivo e conclusivo em relação a todos as considerações relevantes⁷⁷.

No ideário de Habermas não compete ao Poder Judiciário estabelecer os direitos à igualdade e à autonomia privada. A essência destes deve ser definida com a participação dos cidadãos, diretamente ou mesmo por meio de representantes eleitos democraticamente. O que cabe aos juízes é a proteção das condições para densificação, especificação e definição de proteções por meio da participação política e do diálogo⁷⁸.

2.6 ERNEST FORSTHOFF

Ernest Forsthoff foi um estudioso constitucional alemão e especialista em Direito Administrativo. Esforçou-se para a legitimação do nazismo, embora depois tenha aderido à democracia. Manteve-se fiel ao positivismo jurídico até o fim da vida, em 1974. Dedicou-se à compreensão do funcionamento do governo.

Para Forsthoff, a ausência de um referencial legal concreto para aplicação de princípios, como ocorre na Administração Pública, faz o magistrado atuar como se fosse um legislador, usurpando deste a titularidade de configurar a vida política da sociedade e impondo suas valorações pessoais.

O estudioso alemão aprofunda a crítica contra a “jurisprudência de valores”, entendendo que esta possui uma dimensão espiritual de interesses essencialmente filosófica. Isso deslocaria o ponto de referência valorativa da Constituição para as preferências subjetivas do juiz, produzindo, como consequência, uma diluição da positividade jurídica (força) do texto constitucional⁷⁹.

Se a constituição é uma unidade sistêmica, sua estrutura orgânica estaria seriamente comprometida caso a corte constitucional imponha um quadro de hierarquização *a priori* de tais valores.

⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

⁷⁸ Idem, p. 193.

⁷⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 204.

2.7 THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF

Thomas Alexander Aleinikoff é norte-americano, professor licenciado de Direito e ex-reitor da Universidade de Georgetown Law Center, em Washington, DC. Atualmente ocupa o cargo de Alto Comissário Adjunto do Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. É autor de diversos livros e artigos publicados em periódicos renomados.

O estudioso norte-americano afirma que o equilíbrio entre custos e benefícios e as vantagens e desvantagens dos atos da Administração Pública incidentes nos direitos fundamentais é, por natureza, uma atividade política, a ser discutida pelos representantes do povo, faltando à corte constitucional a legitimação popular para o exercício de tal tarefa.

Aleinikoff sustenta que a ausência de critérios jurídicos racionais e objetivos, para confirmar a aplicação dos princípios, faz daquelas intervenções dos tribunais constitucionais, meras valorações subjetivas. Isso tornaria cada vez mais ilegítima a atuação do Poder Judiciário, por invadir o campo do legislador para configurar e conformar a constituição⁸⁰.

Em uma análise do passado sem ponderação, cita algumas relevantes questões constitucionais na Suprema Corte dos Estados Unidos dos séculos XIX e XX: 1) *McCulloch v. Maryland* não foi decidido porque a carga tributária imposta pelo Estado pesava mais do que o interesse do Estado na tributação; 2) *Gibbons v. Ogden* não teve a tese do interesse de que o governo federal suplantava os interesses dos Estados federados na regulação do comércio interestadual; 3) *Fletcher v Peck* não garantiu a propriedade aos adquirentes de terras porque o interesse da segurança jurídica das transações estava acima do interesse do Estado da Geórgia em repelir leis espúrias.

Os juízes reconheciam a existência de grandes conflitos de interesses: federais x estaduais; públicos x privados; executivos x legislativos; livres x escravos. Porém, os casos eram resolvidos geralmente com o reconhecimento de diferenças de tipo, ao invés de grau. Assim, argumentos como o poder de destruir da tributação, a possibilidade dos Estados de exercerem o poder de polícia sem o direito de regular o comércio, e a possibilidade de o legislativo estadual limitar

⁸⁰ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dicum, 2009, p. 144.

remédios contratuais, sem interferir nas obrigações, prevaleciam sobre qualquer ideia de ponderação.

Se esse entendimento tivesse sido utilizado no julgamento do HC 82.424, citado no tópico 2.1, não se efetuariam um juízo de balanceamento entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. A construção seria, resumidamente, a seguinte: o antissemitismo está inserido no racismo -> o racismo é um crime imprescritível -> não há que se falar em extinção da punibilidade. Uma forma mais absoluta, sem maiores margens para relativismos.

Outro exemplo de solução categórica citado por Aleinikoff é *Cooley v. Board of Wardens*⁸¹. A Suprema Corte julgou se o Estado da Pensilvânia podia exigir que os navios atracados no porto Filadélfia tivessem pilotos locais a bordo, com exigência expressa apenas para o comércio interestadual. Os autores da ação tentaram invalidar a lei com o argumento de violação ao poder exclusivo do Congresso de regular o comércio entre os Estados federados.

A Suprema Corte entendeu que quaisquer matérias referentes ao poder de regular o comércio de caráter nacional, de fato requereriam regulação exclusiva do Congresso dos Estados Unidos. Em outras áreas, no entanto, onde a legislação local pudesse atender às necessidades locais da navegação, seria permitida lei estadual disciplinando o comércio interestadual. A Lei da Pensilvânia foi mantida.

Aleinikoff argumenta que a Suprema Corte utilizou a adequação e reconheceu a necessidade de diferentes regulações, porém não tomou conhecimento da ponderação. Não houve comparação entre os pesos de interesse do Estado, de um lado, e o ônus sobre o comércio interestadual, de outro.

Podemos fazer uma analogia, desta vez com a Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro, em novembro de 1904. Uma análise ponderativa analisaria o interesse público em oposição à liberdade do indivíduo de ser, ou não, vacinado (que provavelmente seria enquadrado como 'dignidade da pessoa humana' nos nossos dias). Uma análise categórica, como feita em *Cooley v. Board of Wardens*, focaria se o Estado teria ou não poder para obrigar as pessoas a serem vacinadas. E pronto. Sem maiores comparações. Seriam analisadas a adequação e a necessidade da ação estatal, mas sem sopesamento.

⁸¹ 53 US 299, de 1852. Cinco juízes apoiaram Benjamin Robbins Curtis, relator do caso. Fonte: www.wikipedia.com.br.

Para Aleinikoff, a ponderação serviu para preencher vazios, mediante princípios, sem comprometer a Suprema Corte. Com uma abordagem particularista, caso a caso, a mudança ocorreu de forma gradual e cômoda. Se hoje o autor poderia obter sucesso por conta de uma imposição abusiva do Estado, amanhã este poderia demonstrar a adequabilidade e a necessidade do interesse público, mantendo todos no jogo, e promovendo a flexibilidade sem sacrificar a legitimidade⁸².

Essa mudança ocorreu junto com o abalo das ciências tradicionais na primeira metade do século XX. O Direito, para os adesistas, não poderia ficar de fora. Os juízes, ao empregarem a ponderação, podiam assumir um papel de cientistas sociais, trocando uma lógica dedutiva sólida por uma investigação indutiva dos interesses de forma contextual, caso a caso.

O primeiro voto explicitamente ponderativo na Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo Aleinikoff, foi em *Korematsu v. Estados Unidos*⁸³, em plena Segunda Guerra Mundial. Ações discriminatórias do Estado baseadas em raça ou nacionalidade poderiam ser constitucionais, desde que apoiadas em uma necessidade pública permanente⁸⁴. O contexto político, tão observado por Schlink, foi explícito no julgamento. Se o fundamento tivesse sido categórico, a análise recairia sobre, em sendo possível a segregação por parte do Poder Público, se essa seria uma medida adequada e necessária.

Aleinikoff faz uma ressalva aos críticos que afirmam ser impossível a comparação entre “maçãs e laranjas” feitas pela ponderação. Há parâmetros que possibilitam isso: o valor nutritivo ou o preço, por exemplo. O problema está na régua de quem pondera: não pode simplesmente representar preferências pessoais de vontades arbitrárias. Além disso, haveria um sério comprometimento da orientação oferecida para cortes inferiores, legisladores, administradores, advogados e respectivos clientes⁸⁵.

A ponderação é tão sedutora e pode parecer inevitável, não porque podemos pensar apenas com adequação e necessidade, mas também porque não parece razoável deixar de levar em consideração todos os interesses relevantes

⁸² ALEINIKOFF, Thomas Alexander. *O direito constitucional na era da ponderação*. In: Revista Internacional de Direito Tributário, v. 5, p. 306-307.

⁸³ 323 US 214, de 1944. Seis juízes apoiaram Felix Frankfurter, relator do caso. Fonte: www.wikipedia.com.br.

⁸⁴ ALEINIKOFF, Thomas Alexander. *O direito constitucional na era da ponderação*, p. 310.

⁸⁵ Idem, p. 321.

para a decisão de uma causa. Se a observação de algumas consequências no mundo dos fatos parece boa, uma análise global deveria ser melhor ainda.

Apenas deveria. Decisões constitucionais não são apenas um exercício de tomadas razoáveis de decisão. Permitir que qualquer interesse seja levado em conta simplesmente porque um elaborador de políticas possa querer considerá-lo na construção de uma regra de conduta razoável, não pode ser o bastante para tornar o interesse “constitucional”, sem alterações severas e potencialmente nocivas para a ordem jurídica.

2.8 FERNANDO AUGUSTO FERNANDES

Fernando Augusto Fernandes é doutor em Ciência Política pela UFF (2011), mestre em Criminologia pela Universidade Cândido Mendes (2003), membro da Sociedade dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio de Janeiro e foi, entre outros cargos, conselheiro seccional da OAB-RJ. Atualmente é advogado criminalista e membro da Comissão de Defesa do Direito de Defesa da OAB Nacional.

Em um recente artigo publicado no jornal *Correio Braziliense*⁸⁶, Fernandes ataca as “forças travestidas de moralidade que pretendem desviar nosso rumo [democrático], criando excepcionalidades a fim de que à sombra da luz constitucional exista um ‘ponto cego’ às garantias”. E quem criaria essas sombras? A proporcionalidade.

Segundo Fernandes, jovens operadores do Direito, nascidos depois dos duros tempos que antecederam à Constituição de 1988, decidem quando a proporcionalidade é aplicável e quando não o é. Utilizando-se da “mesma pretensão dos militares”, pretendem decidir que em determinados casos a prova ilícita é admissível, conquanto seja usada para punir crimes mais graves do que a violação da Constituição pelo Estado.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, que trata da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, estaria violada, posto que essa determinação não permite ponderação e muito menos exceção, mesmo quando se tratar de punir crimes chocantes para a sociedade.

⁸⁶ FERNANDES, Fernando Augusto. *Inconstitucionalidade proporcional?* In: *Direito e Justiça*. Suplemento do *Correio Braziliense*. 11 maio 2015.

Ele cita o julgamento do HC 80949/RJ, em 30 de outubro de 2001, no qual foi um dos impetrantes. Na ocasião, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence manifestou o entendimento prevalecente sobre provas ilícitas, mesmo que para uma boa causa e na busca da punição de um crime grave:

(...) 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação (...).

O entendimento do Ministro Relator foi o de que o STF deveria promover a guarda da Constituição, não dos presídios, de onde surge uma opção clara pela Carta Magna e a fidelidade à qual advém a própria legitimidade da Corte.

Não obstante a decisão inequívoca do STF, há, segundo o jurista, tentativas do Ministério Público e de certos juízes de relativizar a ilicitude de prova independente admitida no CPP, artigo 157, parágrafo 1º, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008, que dispõe:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (...).

Portanto, as teorias causalistas da ilicitude probatória, conhecidas há décadas e caracterizadas por identificarem nexos de antijudicialidade e irradiação de efeitos da contaminação sempre que os elementos de prova são obtidos mediante transgressão de direitos, direta ou indiretamente relacionados a liberdades fundamentais, devem prevalecer.

A proibição das provas ilícitas obtidas alcançam tanto as obtidas com a vulnerabilidade de um direito fundamental, como aquelas que, ilicitamente, baseiam-se, apoiam-se ou derivam da anterior, direta ou indiretamente. Somente assim se assegura de que o material obtido de forma irregular não surta efeitos ao longo do processo.

Impedir o uso direto desses meios probatórios e tolerar o aproveitamento indireto dos mesmos constituíram uma proclamação inócua de conteúdo efetivo e

até mesmo uma promoção de procedimentos inconstitucionais, produzindo, indiretamente, efeitos.

Fernandes conclui que não pode haver constitucionalidade na aplicação da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas. O Ministério Público, enquanto fiscal da lei, não pode desprezar as responsabilidades que advêm de suas funções, de guarda dos preceitos constitucionais e da defesa da sociedade.

2.9 RAQUEL DENIZE STUMM

Raquel Denize Stumm, advogada e doutrinadora brasileira, também critica a proporcionalidade, apesar de reconhecer justificativas nobres para sua existência e utilização. Segundo ela, a dificuldade em precisar o real conteúdo do aludido princípio, a insegurança jurídica que decorre de seu (des)conhecimento e aplicação e a possibilidade de o juiz converter-se em legislador, são sinais de alerta.

O risco que se corre, segundo Stumm, é a conversão da proporcionalidade em um direito fundamental genérico, causando instabilidades nas diversas áreas de sua aplicação, tornando-se um limite aos próprios direitos fundamentais em vez de um controle às limitações impostas a eles. Isso causaria redução do conteúdo das liberdades e um abalo do equilíbrio constitucional dos Poderes⁸⁷.

Observa-se o entendimento de nem mesmo os direitos fundamentais não serem absolutos, porém as restrições, segundo Stumm, deveriam partir deles próprios, e não de um princípio alheio, sujeito às intempéries e desígnios de julgamentos mal fundamentados.

Passado o estudo do presente capítulo, adentraremos na última e decisiva parte desta Monografia, que se refere ao estudo de julgados fundamentados na proporcionalidade e em seus 'subprincípios', analisando, na prática, os principais pontos e a fragilização do Direito pelo uso indiscriminado da ponderação.

2.10 HANS HÜBER

Hans Hüber é um jurista suíço que alertou sobre os princípios abertos do Direito quando seus conteúdos são abandonados, favorecendo os deslocamentos

⁸⁷ STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 83.

secretos de poder na organização do Estado, ocorridos entre juízes, legisladores e administradores públicos.

Algo tão global como a proporcionalidade poderia romper a ordem jurídica, por meio de decisões desprovidas de lealdade ao sistema legal vigente, transformando-se num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que nada serve para a decisão de um problema, abrindo a porta para sentimentos incontroláveis e descontrolados de justiça, substitutivos de valorações objetivas por subjetivações de momento por parte dos juízes⁸⁸.

2.11 EBERHARD SCHMIDT

Eberhard Schmidt, jurista alemão, reitor da Universidade de Heidelberg e professor na área de Direito Penal, segue linha semelhante à de Hans Hüber, ao alertar sobre a difícil fundamentação do emprego da proporcionalidade, um princípio derivado do sistema de direitos fundamentais.

Schmidt entende que o direito se consagrou pela sua função inerente de estabilidade e segurança e, portanto, a flexibilidade e a abertura a inovações devem obedecer ao sistema jurídico, pela segurança e pela confiança legítima. Na busca do equilíbrio entre a estabilidade e a mudança, o problema fundamental consiste em determinar as forças motrizes que concretizam as adaptações ou as transformações necessárias, na esfera do Direito Administrativo, que são a jurisprudência, o Legislativo, o Executivo e a doutrina.

Essa determinação corresponderia, em última análise, ao desejo e à vontade de quem a toma, por isso, sem poder exigir um reconhecimento geral⁸⁹.

⁸⁸ HUBER, Hans. *Niedergang des rechts und krise des rechtsstaats*, in *Demokratie und Rechtsaat*, Festgabe Zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, p. 55.

⁸⁹ SCHMIDT, Eberhard. *Questão de justiça: os princípios jurídicos judiciais e as suas implicações na lei processual e substantiva*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.

3. A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO PELO USO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Neste último e decisivo capítulo abordaremos o tema de forma prática, analisando julgados em diversos tribunais, com as consequências e prejuízos trazidos pelo uso excessivo da proporcionalidade, bem como apresentaremos caminhos e desdobramentos mais racionais (objetivos e práticos), sem que o Direito seja fragilizado, mas fortalecido.

3.1 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA⁹⁰

Após uma suposta ameaça de atentado, feita por um indivíduo não identificado não identificado que ligou para a recepção avisando sobre a inserção de uma suposta bomba no Fórum de Palhoça, em 29/10/2013, foi instaurado um inquérito policial.

O Delegado de Polícia representou pela quebra de sigilo dos dados do Fórum, a qual a Juíza singular deferiu. De posse dos dados, a equipe de investigação concluiu que os dois telefones utilizados na ameaça eram públicos. Na sequência, a referida autoridade encaminhou os autos para análise do Ministério Público, entendendo serem pertinentes novas diligências para identificação do autor.

O Promotor de Justiça requereu a quebra de sigilo telefônico dos terminais públicos mencionados na investigação policial, a qual foi negada pela Juíza singular. Inconformado, o representante ministerial interpôs recurso de Apelação, postulando a quebra de sigilo telefônico dos terminais públicos referidos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da Apelação. A Segunda Câmara Criminal do TJSC passou, então, a julgar o caso, proferindo Acórdão em 16/06/2015. O juízo de ponderação deu-se entre o interesse público à investigação do fato e um suposto direito à intimidade.

Não há nenhuma referência à adequação ou mesmo à necessidade no voto da Desembargadora Relatora, Salete Silva Sommariva. Utilizando-se de argumentos questionáveis, cita o Doutrinador Renato Brasileiro de Lima⁹¹:

⁹⁰ Apelação Criminal n. 2014.036356-5, disponível em: www.tjsc.jus.br.

⁹¹ Professor de Processo Penal e de Legislação Criminal Especial e Promotor de Justiça Militar da União em São Paulo. Ex-Defensor Público da União e autor de diversos livros.

(...), a fim de que não haja uma devassa indevida à intimidade do cidadão, é necessária a existência de justa causa para a quebra do sigilo de dados telefônicos, corroborando a prevalência do interesse público à investigação sobre o direito fundamental de proteção à intimidade do indivíduo. É possível, portanto, a quebra do sigilo de dados telefônicos, desde que demonstrada sua imperiosa necessidade para auxiliar nas investigações ou na instrução criminal. (Manual de Processo Penal, vol. único. 2. ed., São Paulo: JusPodivm, 2014, p. 704). (...).

(...) No caso dos autos, não restou demonstrada a "justa causa" necessária para o deferimento da quebra do sigilo telefônico. Com efeito, em que pese se tratar de fato penalmente reprovável, o crime de ameaça é de menor potencial ofensivo, possuindo pena máxima de 6 (seis) meses de reclusão. De fato, à época do suposto crime, havia uma sensação de insegurança gerada pelos ataques praticados pelo PGC (Primeiro Grupo Catarinense) aos prédios públicos, existindo suspeita policial "de que se tratava de algum membro dessa facção querendo 'testar' o procedimento adotado pelo Fórum" nos casos de ameaça de bomba, "ou simplesmente objetivando retardar ou cancelar alguma audiência marcada. (...).

A Magistrada reconheceu o acerto da determinação da quebra do sigilo telefônico, menciona a consumação de um crime e atenta para o momento grave que o Estado de Santa Catarina vivia pela ação de um grupo criminoso. Ainda assim, considerou que o "direito à intimidade" prevalecia sobre o interesse de apuração do Poder Público, a defesa dos cidadãos e de uma repartição judiciária.

Importante observar que não se trata de utilização de prova ilícita. A interceptação telefônica ou mesmo a quebra de sigilo de dados requerida pelo Ministério Público estaria dentro dos limites legais, mediante autorização judicial, em caso de concessão.

Ao não fazer uma aplicação zelosa das etapas da proporcionalidade, a ponderação foi usada para justificar uma decisão subjetiva e arbitrária. O voto, surpreendentemente, foi acompanhado pelos demais desembargadores da Turma, muito provavelmente sobrecarregados de trabalho e sem tempo para uma revisão mais detalhada do caso.

Se o direito à intimidade de uma pessoa sem conduta suspeita pode sobrepor-se ao interesse do Estado em investigar uma potencial ameaça contra uma repartição pública e todo um conjunto de servidores é discutível; quando se trata de um crime, sequer deveria haver questionamento ou mesmo ponderação.

Muito mais simples e adequado seria o entendimento de que não há choque de princípios diante de um crime de ameaça, de qualquer espécie, contra qualquer destinatário. Ao autor do delito não cabe nenhum direito à intimidade. A ninguém é dado o direito de tirar proveito da própria torpeza. A análise do caso não necessitaria de técnica ponderativa, mas de um julgamento objetivo.

3.2 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS – I⁹²

Em 05/03/1996, o STJ julgou o HC impetrado em favor de Waldemir Paes Garcia e Waldemir Garcia, tendo como autoridade coatora o Juiz de Direito da Trigésima Sexta Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Os pacientes haviam sido denunciados, juntamente com outros vinte e seis corréus, como incurso nas penas do Código Penal, artigo 288, parágrafo único (associação criminosa, com aumento de pena).

Os pacientes haviam sido condenados a seis anos de prisão pelo juízo da Décima Quarta Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Por determinação do STJ, os autos do novo processo, que corria na Trigésima Sexta Vara, foram avocados pelo Órgão Especial do TJRJ, passando a autoridade coatora a ser o Relator da Ação Penal nº 10/94, que lá tramitava.

Os impetrantes sustentavam que a denúncia baseava-se exclusivamente em escuta telefônica instalada no presídio onde se encontravam recolhidos, prova supostamente ilícita que ensejaria o trancamento da ação penal diante da exclusão da referida prova e de todas as que dela derivassem.

A autoridade coatora, ao prestar informações, ressaltou que, além das mencionadas gravações, a denúncia apoiava-se em outras provas, documentais e testemunhais, incluindo cartas trocadas pelos presos e depoimentos. O Ministério Público opinou pelo indeferimento do HC, que, mediante recurso dos pacientes, foi levado ao STJ.

O que surpreende aqui não é a interceptação das ligações telefônicas, feitas por celulares, dentro do presídio, com a suposta colaboração dos agentes penitenciários, um claro delito do qual os pacientes não poderiam tirar proveito do sigilo das comunicações. O espanto é a opinião do Relator:

(...) Os dispositivos constitucionais que alegadamente estariam a tutelar a pretensão dos pacientes são dois: inciso XII e inciso LVI [do artigo 5º]: 'XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'; 'LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos'.

Ao comentar o inciso LVI, supra, Celso Ribeiro Bastos⁹³ observa: 'O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor

⁹² HC 4.138/RJ, disponível em www.stj.jus.br.

⁹³ Jurista brasileiro, especializado nas áreas tributária e trabalhista.

para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação. O primeiro ponto que se deve observar é que, a despeito do seu caráter aparentemente peremptório e definitivo (...) ainda assim o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultam da sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal.'

Não se pode esquecer que aqui (...) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa. (...).

Seria o equivalente a aceitar a tortura para solucionar casos, em nome da proteção da sociedade diante de violações individuais.

A Constituição é taxativa, sim, e uma análise "mais detida" apenas serviria para comprovar que a proteção de certos direitos individuais não serve para acobertar delitos, mas para proteger a própria sociedade de abusos do Poder Público e de convencimentos discricionários de seus agentes.

Reitera-se aqui que não há como admitir o uso de telefone celular em um presídio, nem mesmo o entendimento de sigilo telefônico nesses casos. O assombro é a relativização de um texto constitucional claro, com base em um argumento potencialmente monstruoso e permissivo para futuras arbitrariedades.

Mais uma vez a proporcionalidade é usada para fundamentar uma decisão, sem nenhum critério, sem nenhuma análise detida da adequação ou da necessidade, além de uma ponderação absurda, fora de contexto e desnecessária.

(...) Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a Exclusionary Rule não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora Ada Pellegrini Grinover⁹⁴, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o 'Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade' (...).

⁹⁴ Jurista ítalo-brasileira, formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde também obteve o doutorado. Membro da Academia Paulista de Letras.

Uma ‘ponderação’ absurda por seus potenciais catastróficos de ações cada vez mais arbitrárias por parte do Estado; fora de contexto por ser “apressada” e escolher pontos específicos de julgados mais convenientes; desnecessária por desviar-se da solução adequada para o caso. O fato de um preso utilizar-se de telefone celular em sua cela, por si só, sem necessidade de colocar direitos na balança, já é um delito punível.

Rui Barbosa, jurista, político e brilhante orador, já dizia: “A lei que não protege o meu adversário, não me serve”. Ao que se complementa: A lei que não protege o meu inimigo poderá voltar-se contra mim depois.

3.3 ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS – II

No mesmo STJ ocorreu outro julgamento⁹⁵ a respeito da utilização de provas ilícitas. Uma organização criminosa que incorreu em falsidade ideológica, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro nacional foi condenada e o HC foi denegado.

Os impetrantes alegavam que as provas originais foram obtidas de forma ilícita. O STJ questionou a via utilizada, afirmando que outros procedimentos, como Apelação, Agravo em Execução ou Recurso Especial poderiam ser utilizados. Os ministros também entenderam não haver evidências seguras e eficientes de somente provas ilícitas terem fundamentado as prisões dos indiciados.

Apesar de admitirem o repúdio veemente da Doutrina e da Jurisprudência a respeito de “elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais”, os ministros concordaram com a aceitação de provas atreladas a uma origem viciada, dada à “inevitabilidade de sua descoberta ou ausência de total relação de causalidade entre umas e outras”.

O mais assustador no referido Acórdão é o uso da proporcionalidade, sem nenhum juízo de adequação ou necessidade, bem como outro critério:

(...) A mitigação das regras de exclusão da prova, no entendimento da Suprema Corte pátria, se justifica pelo princípio da proporcionalidade, que sempre se referencia em sede de interpretação e aplicação de normas penais e processuais penais. Razoável, portanto, o afastamento do caráter absoluto das regras de exclusão da prova "em razão de seu alargamento ter

⁹⁵ HC 148.178/PR, relatado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz e julgado em 19/11/2013.

o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos. (...).

De fato, a inadmissibilidade de aceitação de provas ilícitas não existe para haver impunidade. Existe para evitar o abuso do Poder Público e para a proteção de todos os cidadãos, inclusive os de bem. É notório que os pacientes não são exemplos de bom comportamento. No entanto, não é atropelando a Constituição e fazendo-se um uso distorcido da proporcionalidade que a justiça será feita.

No Acórdão citou-se o Ministro Celso de Mello, do STF, para justificar a mitigação de um princípio fundamental explícito:

(...) Na lição de Celso de Mello “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...).

Não há direitos e garantias que se revestem de caráter absoluto, embora seja difícil encontrar alguma situação em que o ‘devido processo legal’ ou a ‘ampla defesa’ não estejam presentes em um processo judicial, em tempos de paz. Contudo, as exceções devem ser previstas, claras, principalmente quando em desfavor do cidadão, mesmo tratando-se de um suposto ou reconhecido criminoso.

3.4 A DISCRICIONARIEDADE ESCANCARADA

Quando a proporcionalidade é justificada matematicamente, até mesmo por falta de critérios legais objetivos, o seu uso é mitigado e colocado à completa discricionariedade do juiz, sem nenhuma preocupação em detalhar o seu raciocínio ou explicitar os seus valores.

Isso aconteceu no julgamento de uma Apelação Criminal no TJMG⁹⁶. O denunciado ofendera a integridade corporal da vítima, sua ex-companheira, numa

⁹⁶ Ação Penal nº 1.0071.14.004853-0/001, julgada em 27/05/2015. Disponível em: www.tjmg.jus.br.

avenida de Boa Esperança, ameaçando-a com gritos e agredindo-a com socos e chutes. Acionada a polícia, o agressor fugiu, mas, após outras ameaças e agressões, foi rastreado, localizado e preso.

Foram considerados dois crimes distintos praticados pelo agressor: lesão corporal de natureza doméstica e ameaça. Em ambas foram consideradas duas circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade e motivos). O Código Penal lista oito circunstâncias judiciais a serem consideradas e o julgamento procurou fazer uma proporção entre elas. Primeiro a Lesão Corporal:

Tabela 6: fixação da pena de Lesão Corporal (Código Penal, art. 129, § 9º)									
Número de circunstâncias desfavoráveis (art. 59):	0	1	2	3	4	5	6	7	8
Fixação proporcional (aproximada):	3 meses	7 meses	11 meses	1 ano e 3 meses	1 ano e 8 meses	2 anos	2 anos e 4 meses	2 anos e 7 meses	3 anos
Intervalo de fixação:	2 anos e 9 meses (33 meses)								
Pena fixada:			1 ano						
Relação (proporcional/fixada)			109% (12/11)						

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

A pena fixada para a Lesão Corporal foi de um ano, nove por cento superior a uma proporção rigorosa. Quanto à Ameaça, o entendimento foi o seguinte:

Tabela 7: fixação da pena de Ameaça (Código Penal, art. 147)									
Número de circunstâncias desfavoráveis (art. 59):	0	1	2	3	4	5	6	7	8
Fixação proporcional (aproximada):	1 mês (30 dias)	48 dias	67 dias	86 dias	105 dias	123 dias	142 dias	161 dias	6 meses (180 dias)
Intervalo de fixação:	5 meses (150 dias)								
Pena fixada:			3 meses (90 dias)						
Relação (proporcional/fixada)			134% (90/67)						

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

Quanto à lesão corporal, a diferença pode ser considerada negligenciável (nove por cento). O mesmo não se pode dizer quanto à ameaça: a diferença é equivalente a uma circunstância desfavorável adicional. O argumento do Acórdão foi o seguinte:

(...) Embora a pena-base, para o crime do art. 147, do CP, tenha sido estabelecida em três meses de detenção, afastando-se um pouco da proporção de 2/8 (dois oitavos), não se pode olvidar que tal ponderação é apenas um critério referencial, podendo ainda ser utilizado o critério da livre discricionariedade do sentenciante, desde que não se afaste muito do matemático.

STJ: "A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada. 2. Tendo as instâncias ordinárias concluído que os motivos e circunstâncias do crimes são desfavoráveis ao agente, não há que se falar em desproporcionalidade na fixação da reprimenda em patamar dez meses acima do mínimo legal..." (AgRg no REsp 1339871 / DF - Relator(a): Ministro Jorge Mussi – Quinta Turma - Data do Julgamento: 10/02/2015 - Data da Publicação/Fonte: DJe 20/02/2015).

STJ: "(...) A dosimetria da pena está sujeita a certa discricionariedade por parte do magistrado, visto que o CP não estabelece critérios absolutos ou regras objetivas para a fixação das reprimendas, razão pela qual, em regra, não pode ser revista em sede de habeas corpus pelas instâncias superiores, salvo no caso de teratologia jurídica ou de flagrante ilegalidade..." (HC 295395 / AM -Relator(a): Ministro Gurgel de Faria – Quinta Turma - Data do Julgamento: 05/02/2015 - Data da Publicação/Fonte: DJe 12/02/2015). (...).

O TJMG entendeu que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas um exercício de discricionariedade vinculada. Mas vinculada ao quê? À ponderação? Se fosse assim, por que não usar um critério matemático, dentro dos limites de cada oitavo do intervalo total da pena, que em nada enfraquece a lei? Caso contrário, é mais honesto admitir o poder discricionário do juiz, carregado de seus preconceitos, valores subjetivos e argumentos convenientes.

3.5 FETOS ANENCÉFALOS

No dia 17/06/2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou uma ADPF buscando demonstrar que a antecipação do parto de fetos anencéfalos não configuraria aborto. Em 2012, após intensos debates, o STF decidiu a questão, por oito votos a dois⁹⁷.

O Acórdão, com 433 páginas, é generoso na aplicação da proporcionalidade e na ponderação para a defesa dos pontos de vista, principalmente para tentar justificar a atipicidade do aborto de fetos anencéfalos. A seguir, o resumo de algumas citações em cada voto:

⁹⁷ O Ministro não votou Dias Toffoli declarou-se impedido, por ter atuado na causa enquanto antes de ingressar no STF.

Tabela 8: principais referências à proporcionalidade no julgamento da ADPF 54	
Ministro:	Citação:
Marco Aurélio Mello (Relator) Votou pela atipicidade	“(…) Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres (…).”
Rosa Webber Votou pela atipicidade	“(…) Vê-se que não há limites fáticos para a aplicação dos princípios ao caso e, simultaneamente, a aplicação dos princípios que protegem a gestante impede a aplicação do princípio que protege o feto. Ao mesmo tempo, não há regra de direito fundamental determinante que dite a solução, afastando a aplicabilidade <i>prima facie</i> de algum dos princípios. Isso quer dizer que, colocadas em termos de relação, as razões que sustentam um princípio estão em uma relação inversamente proporcional às razões que sustentam os demais. Imperioso, portanto, partir para a discussão sobre as razões que sustentam os princípios no caso, o que pode ser feito por meio da proporcionalidade em sentido estrito (…).”
Joaquim Barbosa Votou pela atipicidade	“(…) Desse modo, nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável (…).”
Luiz Fux Votou pela atipicidade	“(…) Os perigos para a saúde física da mulher, como visto, são elevadíssimos em uma gravidez de feto acometido pela anencefalia, razão pela qual, se essa for a alternativa eleita pela mulher, deve-se conferir a possibilidade de interrupção da gestação à luz do princípio da proporcionalidade, que também se aplica ao Direito Penal (…).”
Carmen Lúcia Votou pela atipicidade	“(…) A resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requer o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade (…).”

Tabela 8: principais referências à proporcionalidade (continuação)	
Ministro:	Citação:
Gilmar Mendes	“(…) Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade (…).”
Celso de Mello Votou pela atipicidade	“(…)“se não há, na hipótese, vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade, liberdade e saúde) que a obrigação de levar a cabo a gravidez acarreta”, eis que, em tal hipótese – segundo sustenta -, “A incidência da norma penal no caso (…) será inteiramente desproporcional e inconstitucional” (…).”
Cezar Peluso (Presidente) Votou pela tipicidade/voto vencido	NÃO FEZ. Refutou a ponderação: “(…) a pena cominada, embora guarde certo nexu lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, nem sempre é diretamente proporcional ao valor normativo deste, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos crimes de aborto e de homicídio, cuja diversidade, de modo e em sentido algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações axiológicas no seu status jurídico de fundante valor objetivo constitucional. (…).”
Ricardo Lewandowski Votou pela tipicidade/voto vencido	NÃO FEZ. Usou uma citação não fundamentativa: “(…) Nessa mesma direção, o já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”. Logo depois acrescenta: “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional (…).”
Ayres Britto Votou pela atipicidade	NÃO FEZ. Fez uma análise sem recorrer à ponderação ou à proporcionalidade: “(…) me parece que é válido dizer: se todo aborto é uma interrupção de gravidez, nem toda interrupção de gravidez é um aborto. Vou repetir: se todo aborto é uma interrupção voluntária de gravidez, nem toda interrupção voluntária de gravidez é aborto, para os fins penais (…).”

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

Na prática, apenas os Ministros Cezar Peluso, Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto não utilizaram a ponderação ou a proporcionalidade para fundamentarem seus votos. Destes, os dois primeiros foram os votos vencidos da decisão. E os dois últimos, apesar de discordantes, atacaram os pontos realmente críticos da ADPF-54.

O Código Penal é claro ao dizer os casos permitidos de aborto: gravidez resultante de estupro ou com risco de saúde para a gestante. Se a Lei realmente permitisse o aborto de fetos anencéfalos, explicitaria isso em seu texto, a partir de uma

definição (política) do Legislador. Nesse sentido, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski foi feliz ao fazer uma análise objetiva, sem rodeios e sem interferência na vontade (ou na falta de vontade) do Legislativo de manter ou mudar o diploma legal.

Por outro lado, aborto pressupõe a interrupção de uma gravidez, efetivada a partir de um feto com vida. Se não há vida, não há gravidez e, conseqüentemente, não há aborto. O Ministro Ayres Britto, num voto sucinto, tomou uma posição também objetiva e sem se utilizar de malabarismos ponderativos. O problema aqui parece ser a definição de vida, que, não constante do texto constitucional, deveria ser debatida e, se possível, definida claramente.

O assombro maior neste caso é a utilização da ponderação, por parte dos demais sete ministros partidários da atipicidade, para fundamentar decisões que poderiam ter sido mais diretas, claras, sem uma discricionariedade conveniente a ponto de preterir a vida face ao conforto da gestante. Não se trata aqui de defender ou atacar o aborto de fetos anencéfalos. Contudo, esse posicionamento não pertence ao campo do sopesamento de princípios, mas ao campo político-legal (numa abordagem mais específica) ou biológico (numa conceituação mais ampla).

3.6 A AÇÃO PENAL 470 (MENSALÃO)

A Ação Penal nº 470, conhecida como Mensalão, resultou num dos mais longos e debatidos julgamentos no STF, transmitido pela televisão e acompanhado por milhões de pessoas, que puderam acompanhar os constantes embates entre os Ministros Relator, Joaquim Barbosa, e Revisor, Ricardo Lewandowski. Protocolado em 12/11/2007, o Feito prossegue até os dias de hoje, com petições e mandados.

Neste tópico serão analisadas dois aspectos do julgamento: a dosimetria das penas e a perda de mandatos parlamentares.

3.6.1 A Dosimetria das Penas

Uma das questões discutidas sobre a dosimetria das penas foi a continuação delitiva, majoritariamente aceita pela Corte. A respeito, dispõe o Código Penal:

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de

tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O que mais chamou a atenção deste acadêmico, por sua formação inicial em Ciências Exatas, foi o critério matemático adotado para a dosimetria das penas. Prevaleceu a proposta do Ministro Fux, seguida pelos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e o então Presidente, Ayres Brito: para dois crimes continuados (o primeiro e mais um), o acréscimo seria o mínimo, ou seja, de 1/6 (um sexto); três crimes, 1/5 (um quinto); quatro crimes, 1/4 (um quarto); cinco crimes, 1/3 (um terço); seis crimes, 1/2 (metade); sete crimes em diante, o patamar máximo, de 2/3 (dois terços).

O critério anterior, sugerido pelo Ministro Luiz Fux pareceu-nos objetivo e razoável. Porém, o Ministro Revisor, Ricardo Lewandowski, adotou uma metodologia bem mais branda e, no mínimo, incompleta:

(...) Na sequência, Senhor Presidente, na terceira fase, consideradas as nove práticas do tipo descrito no artigo 333 do Código Penal, eu aumento em mais um sexto a pena - ou as penas do réu, porque são duas, é a pena corporal e a pena pecuniária -, fixando-as no patamar definitivo de quatro anos e um mês de reclusão, mais dezenove dias-multa. E sempre coerente com a dosimetria que tenho adotado: um sexto para até dezenove eventos, um quarto para até vinte e cinco eventos e um terço para mais de vinte e cinco eventos (...)⁹⁸.

Seguido à risca, jamais a previsão máxima seria aplicada. Quantos crimes continuados seriam necessários para um acréscimo de metade ou dois terços? Qual o sentido de o diploma legal estabelecer um teto, inatingível no raciocínio do Ministro Ricardo Lewandowski?

Ao julgar a corrupção ativa de um dos réus, colocou em prática o seu entendimento:

(...) Na terceira fase, consideradas as 9 (nove) práticas do tipo descrito no art. 333 do Código Penal, aumento em mais 1/6 (um sexto) as penas do réu,

⁹⁸ Inteiro Teor do Acórdão, p. 6.806.

fixando-as, definitivamente, em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa. (...) ⁹⁹.

Na ocasião, o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que nove deputados seria um número relativamente pequeno num universo de 513 (quinhentos e treze). Esse argumento é falho, por dois motivos: primeiro, votações podem ser decididas por muito menos do que isso; segundo, o Código Penal não deve ter como base o percentual relativo, pois isso não é mencionado em nenhum de seus artigos.

Para exemplificar, simplificando o raciocínio, se a proporção fosse estendida ao Distrito Federal, para homicídios semelhantes, mesmo que alguém assassinasse quarenta mil pessoas (1,67%, num universo de 2.400.000 de habitantes) ainda assim receberia o limite mínimo do aumento de pena.

A proporcionalidade foi usada, pelo Ministro Revisor, para justificar o seu raciocínio:

(...) O que eu levei em consideração? Claro que se eu estivesse fazendo o exame de um crime isoladamente, eu talvez pudesse ter exacerbado um pouco mais a dosimetria nesse aspecto. Mas, como eu verifiquei que são vários peculatos e vários delitos que se somarão em continuidade, em concurso material, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e, tendo em conta o resultado final, que a mim me parecer um tanto quanto exagerado, eu preferi ser mais moderado na dosimetria das penas individualmente.

Eu não faço nenhum reproche à dosimetria feita pelo eminente Relator, mas levei em consideração o conjunto final da obra, quer dizer, da dosimetria. Então, fiz vários cálculos para chegar a uma pena razoável, aquela que o próprio Código Penal reputa como necessária e suficiente à prevenção do crime (...) ¹⁰⁰.

Será que o Código Penal considera necessário e suficiente um aumento mínimo de pena mesmo para nove ações delitivas continuadas? Isso não nos parece, com a devida vênia, prevenir ações criminosas, conforme sustenta o Ministro Revisor em seus argumentos.

3.6.2 As Perdas de Mandato Decorrentes da Condenação Penal

O Ministro Gilmar Mendes alertou sobre a incongruência de transferir ao Congresso Nacional a última palavra sobre a cassação de mandato de parlamentar

⁹⁹ Inteiro Teor do Acórdão, p. 6.650.

¹⁰⁰ Idem, p. 6.683.

condenado penalmente por improbidade administrativa, por meio de uma analogia simples e adequada:

(...) De acordo com o princípio da concordância prática (...), os bens constitucionalmente protegidos devem ser tratados de forma que um não anule a validade de outro. Ao ocorrer algum conflito, a ponderação de valores desses bens não pode sacrificar a validade de um em detrimento do outro. É preciso, nesses casos, elaborar um exercício de otimização, de harmonização prática, e estabelecer limites aos bens conflitantes, de modo que ambos consigam alcançar a melhor efetividade possível. Essa ponderação deve ser feita no caso concreto e com base no princípio da proporcionalidade. (...)

Por essa razão, a solução que se afigura constitucionalmente adequada deve evitar sacrifícios de bens jurídicos de elevada estatura, tais como a isonomia, o princípio republicano, a moralidade e a probidade no trato dos negócios públicos, bem como não deve permitir que normas constitucionais restem esvaziadas em seu conteúdo.

A partir disso, devo lembrar que uma sentença, de natureza civil, condenatória de parlamentar por improbidade administrativa, com previsão expressa de pena de suspensão dos direitos políticos, gera a perda automática do mandato legislativo, que apenas deverá ser declarada pela Mesa da Casa a que o congressista pertencer, ao passo que uma condenação criminal transitada em julgado, pela interpretação de Moreira Alves, não possui o mesmo efeito. Nesse caso, a perda do mandato dependerá de deliberação da Câmara respectiva. (...) ¹⁰¹.

Há disparidade acentuada de tratamento quando se considera a condenação por infrações eleitorais, cujo resultado também é a perda de mandato (CF, art. 55, inciso V). Na mesma linha, a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que declara inelegíveis os candidatos condenados por órgão colegiado, pela prática de ato doloso à improbidade administrativa, mesmo sem trânsito em julgado, além de outras condutas, previstas na Lei nº 9.504/1997, que também a geram a perda de mandato.

O Ministro Gilmar Mendes notou a evidente contradição dos rumos do julgamento da AP 470. Se condenações proferidas por órgãos colegiados, ainda que não trânsitas em julgado, geralmente decorrentes de ilícitos cíveis ou administrativos, poderiam ter como consequência a perda de mandato, por que a condenação criminal de parlamentar, em última instância, no STF, não teria, por si só, os mesmos efeitos? ¹⁰²

Dessa forma, por meio de uma interpretação minimamente lógica, nos casos de condenação criminal transitada em julgado por crimes nos quais a improbidade

¹⁰¹ Inteiro Teor do Acórdão, p. 8.197.

¹⁰² Inteiro Teor do Acórdão, p. 8.198.

administrativa esteja incluída nos respectivos tipos penais, o Judiciário, em razão da suspensão dos direitos políticos, poderia aplicar a perda de mandato, a ser apenas declarada (formalizada) pela respectiva casa legislativa.

Ao fazer um exame das hipóteses de improbidade administrativa e os crimes relacionados, o Judiciário garantiria a efetividade dos princípios constitucionais, da moralidade pública e da isonomia, além de preservar a Constituição. E mais: alçaria a proporcionalidade a um lugar privilegiado, de integração lógico-sistêmica das normas e princípios. Não se trata de interferência no Poder Legislativo, como muitos argumentam, mas da proteção da própria democracia, ao não permitir que elementos, já condenados, possam fustigar o povo e o Estado com suas ações.

No entanto, esse entendimento não prevaleceu. Para a maioria do STF, a perda de mandato decorrente de condenação penal transitada em julgado só se efetivará após decisão final da respectiva casa legislativa, contrariando a lógica, o bom senso, a democracia e a defesa do Estado e de seus cidadãos.

3.7 UBER, A UNIAO EUROPEIA E O BRASIL

A UBER é uma empresa norte-americana do setor tecnológico, fundada em 2009, cuja proposta original era um táxi de luxo. No ano seguinte foi lançado um aplicativo homônimo, oferecendo um serviço semelhante ao táxi tradicional, sem necessidade de concessão pelo Poder Público, com todas as exigências atinentes.

Para ser um motorista do UBER basta um cadastro. A empresa repassa uma remuneração ao prestador do serviço, retendo uma espécie de comissão. O sistema configura-se como *E-halling*, que é o ato de requisitar táxi por meio de dispositivo eletrônico, em substituição aos métodos tradicionais: espera e telefone.

Tamanha versatilidade incomodou os motoristas de táxis, que buscaram vias políticas e judiciais para o banimento do aplicativo. Isso já foi conseguido na Austrália, Colômbia, Portugal, Espanha, Alemanha, França, China e Índia. No Brasil ainda é um caso em discussão. Recentemente a CLDF proibiu o serviço. Em São Paulo, a Justiça proibiu e suspendeu a proibição, para depois a Câmara de Vereadores proibir novamente.

Ainda não há um posicionamento mais aprofundado do Poder Judiciário no Brasil. Em Portugal, o responsável pelo banimento do UBER foi o Tribunal Cível de

Lisboa, que instou a Comissão Europeia de Transportes a manifestar-se sobre o caso. Por seu porta-voz, a comissária Violeta Bulc avisou ao governo português:

(...) Embora as empresas não devam poder contornar a legislação dos países onde se querem instalar, os Estados-Membros não podem desrespeitar os princípios europeus. (...) Embora os novos negócios de transporte de passageiros como a Uber não possam contrariar a legislação dos países onde se querem instalar, Portugal deve observar os princípios europeus da não-discriminação em função da nacionalidade, da proporcionalidade e da liberdade de estabelecimento.

O porta-voz Jakub Adamowicz completou:

Tipicamente, este é um setor altamente regulado" ao nível dos Estados-Membros, sublinhando que cada Estado-Membro tem as suas exigências relativamente ao setor.

(...) O Funcionamento da UE contempla os princípios de "proporcionalidade, não-discriminação em função da nacionalidade e liberdade de estabelecimento", que não devem deixar de ser respeitados.

A proporcionalidade aqui poderia ser poupada. Se o Uber é, ou não, um bom aplicativo, se deve ou não ser legalizado, se está ou não de acordo com as leis nacionais de cada país ou as diretrizes da União Europeia, não é uma questão de sopesamento. É algo objetivo.

No Brasil, a Lei que regulamenta a profissão de taxista é a de nº 12.468, de 26 de agosto de 2011. Seus dispositivos são claros:

Art. 1º Fica reconhecida, em todo o território nacional, a profissão de taxista, observados os preceitos desta Lei.

Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

Art. 3º A atividade profissional de que trata o art. 1º somente será exercida por profissional que atenda integralmente aos requisitos e às condições abaixo estabelecidos:

I - habilitação para conduzir veículo automotor, em uma das categorias B, C, D ou E, assim definidas no art. 143 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997;

II - curso de relações humanas, direção defensiva, primeiros socorros, mecânica e elétrica básica de veículos, promovido por entidade reconhecida pelo respectivo órgão autoritário;

III - veículo com as características exigidas pela autoridade de trânsito;

IV - certificação específica para exercer a profissão, emitida pelo órgão competente da localidade da prestação do serviço;

V - inscrição como segurado do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, ainda que exerça a profissão na condição de taxista autônomo, taxista auxiliar de condutor autônomo ou taxista locatário; e

VI - Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, para o profissional taxista empregado. (...).

A profissão de taxista, reconhecida em todo território nacional, não é um ofício simples, pois lida com o trânsito difícil das cidades, a violência constante e centenas de milhares de passageiros. Se a proporcionalidade for adotada, que seja em favor da Lei e dos profissionais nela enquadrados, obrigados a cumprir uma série de exigências.

Usar ponderações para justificar a atuação de taxistas não regulamentados pode parecer benéfico para a sociedade num primeiro momento, proporcionando um transporte mais barato e livre de regulamentações rígidas. A realidade, porém, é outra. Os prejuízos para a segurança jurídica e o correto exercício profissional são danos muito maiores do que as vantagens aparentes para o consumidor.

3.8 CRÍTICAS À PROPORCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS EUROPEUS

A necessidade de aplicar a proporcionalidade e a ponderação nas decisões, com objetivo de justificá-las com base em uma suposta fundamentação coerente é criticada em outros países e continentes, com destaque para a Europa, mais precisamente no TEDH.

Andras Sajó, jurista e acadêmico húngaro eleito para o TEDH em 2008, no julgamento do Caso Público Comunicação Social S.A. e outros contra Portugal¹⁰³, o destacou o seguinte:

(...) Penso que a introdução de um elemento suplementar na apreciação do caráter necessário da restrição que estava em causa procede de uma compreensão particular do critério da proporcionalidade aplicado na jurisprudência do Tribunal. A fórmula segundo a qual 'a natureza e o peso das penas aplicadas são também elementos a ter em conta quando se trata de medir a proporcionalidade da ingerência' é recorrente nos acórdãos do Tribunal (...)

Esta fórmula muitas vezes retomada não significa que seja necessário ter sempre em conta este elemento em matéria de proteção da liberdade de expressão. Quando é chamado a aplicar um direito garantido pelo artigo 10º (ou pelos artigos 8º, 9º ou 11º), o Tribunal não tem apenas por missão encontrar o justo equilíbrio entre o direito em questão e o interesse do Estado em restringi-lo. Numa ordem jurídica internacional consagrada à proteção de certos direitos do homem, uma restrição constitui uma exceção que deve ser justificada por motivos precisos e imperiosos. Concebida para proteger direitos, a Convenção adoptou uma posição de princípio sobre uma escala de valores da qual decorre – pelo menos – a presunção de que os direitos garantidos devem prevalecer sobre os interesses que podem, no entanto,

¹⁰³ Queixa nº 39324/07, julgada em 07 de dezembro de 2010.

justificar restrições aos direitos em questão se forem necessários numa sociedade democrática, isto é, se eles próprios corresponderem a valores reconhecidos. Em caso afirmativo, o juiz será levado a concluir pela superioridade dos valores em causa num ou noutro caso em nome de imperativos morais. Longe de se limitar a aplicar mecanicamente um raciocínio jurídico pré-definido, as decisões cuidadosamente motivadas demonstram de forma persuasiva a validade desta ordenação. Para este efeito, podem ser utilizados vários argumentos (hierarquização, optimização, superioridade numérica dos titulares de direitos protegidos, etc.) (...).

Em certos casos, é o carácter excessivo da sanção que leva o Tribunal a qualificá-la de desproporcionada. Noutros casos, não obstante este elemento estar desprovido de pertinência, a questão não deixa de ser colocada, de forma algo repetitiva e automática, como se a análise da sanção fosse uma passagem obrigatória para a apreciação da proporcionalidade, como se respondesse a uma exigência imposta por uma jurisprudência constante ou por um precedente. Um precedente firma autoridade, mas não uma metodologia¹⁰⁴.

Para Sajó, o TEDH tem uma necessidade de se expressar em termos de proporcionalidade. O jurista reconhece a importância da previsibilidade para o bom discurso jurídico, mas entende que uma abordagem uniforme, sempre no mesmo sentido, pode conduzir a certezas e convicções ilusórias.

Sedutores para o espírito jurídico, a proporcionalidade e o balanceamento (meio termo ou recusa a extremos), não seriam mais do que metáforas confortantes. Isso geraria falsas certezas, possíveis causadoras de decisões insuficientemente fundamentadas, estereotipadas, incitadoras de exercícios desapegados de motivos precisos apegados em fatos.

Dessa forma, uma medida de restrição de um direito será considerada proporcional porque uma pessoa com autoridade para tal assim a considera. Porém, isso exige uma explicação, do porquê ela é inevitável e em que se constitui a restrição mínima a um direito em questão. A proporcionalidade não é a única forma e nem sempre a melhor solução para decidir um caso.

Diversos doutrinadores também criticam a adoção da proporcionalidade nos tribunais europeus:

Por outro lado, tanto nas obras da década passada como em publicações anteriores, o princípio da proporcionalidade foi objeto de críticas ferozes. Tsakyrakis¹⁰⁵ sustentou que esse princípio é “uma violação dos direitos humanos” e um “caminho equivocado na busca de precisão e objetividade”. Por sua vez, Webber¹⁰⁶ lamenta o fato de que o princípio da proporcionalidade tenha criado um infundado “culto acadêmico aos direitos fundamentais”, que resultou numa concepção extremadamente

¹⁰⁴ *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*. Série Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 313.

¹⁰⁵ Stavros Tsakyrakis, doutrinador grego independente.

¹⁰⁶ Grégoire Webber, pesquisador canadense na área de direito público.

individualista dos direitos e um simultâneo desprezo das leis democráticas que visam à proteção de interesses sociais. Alguns juizes e juristas criticam a ponderação e a consideram irracional. Outros autores criticam o uso da proporcionalidade, que, segundo eles, desvirtua a essência dos direitos fundamentais como limitações ao exercício do poder público. Por exemplo, Habermas afirma que esse princípio viola a “firmeza” dos direitos fundamentais, uma vez que, às vezes, têm que ceder perante outros interesses juridicamente protegidos.

Finalmente, uma objeção comum é a de que esse princípio permite ao Poder Judiciário interferir ilegitimamente em competências do Legislativo e do Executivo. Nesse sentido, Lord Ackner¹⁰⁷ considerou, no caso *Brind*, que a utilização judicial da proporcionalidade implicava uma “análise de fundo das decisões políticas”. Em uma democracia, esse tipo de decisões devem ser adotadas somente por autoridades políticas (...)¹⁰⁸.

Portanto, mesmo em sistemas tidos como mais avançados, a proporcionalidade sofre críticas, muito semelhantes àquelas feitas no Brasil.

3.9 MANUTENÇÃO DE CONSTRUÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Em 29/05/2012, o TRF da 5ª Região julgou uma Apelação (Reexame Necessário)¹⁰⁹ relativa a uma Ação Civil Pública que tinha como objeto a demolição dos imóveis construídos em área de preservação permanente localizada no entorno da Avenida Tancredo Neves, nas proximidades do Rio Jaguaribe, em João Pessoa, Paraíba.

O juiz de primeiro grau havia decidido pela demolição das construções, em virtude da localização em área de preservação permanente e do lançamento de esgotos no manguezal, condicionando a execução da sentença à transferência da população atingida para outros imóveis, oportunidade na qual esses habitantes e o Município deveriam reparar os danos ambientais decorrentes das edificações irregulares.

A sentença desagradou todas as partes: o Ibama alegou que não foi determinado tempo para cumprimento da mesma; a Prefeitura de João Pessoa disse ser responsabilidade do Ibama a fiscalização, atuação, interdição e demolição de construções ilegais em área de preservação ambiental; os moradores questionaram

¹⁰⁷ Juiz inglês de apelações, falecido em 2006.

¹⁰⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa*, p. 222. Disponível em: <http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf>. Último acesso em: 24 jun. 2015.

¹⁰⁹ Reexame Necessário Nº 21437/PB (2000.82.00.009441-7), disponível em www.trf5.jus.br. Último acesso em 20 jun. 2015.

a imputação dos danos ambientais e reivindicou o direito à moradia. Por questões processuais legais, o caso chegou à Segunda Turma do TRF da 4ª Região.

O efeito da ocupação irregular era claramente nocivo ao meio ambiente, conforme laudo de vistoria realizado pelo Ibama. A legitimidade da Prefeitura de João Pessoa para configurar como parte da Ação foi confirmada. Restava, portanto, decidir o caso.

Tratando-se de uma questão envolvida pelo direito à moradia e a preservação do meio ambiente, logo a proporcionalidade foi invocada:

(...) Em caso de colisão entre direitos fundamentais, em razão destes não serem absolutos, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas.(...).

O Acórdão confirmou parcialmente a Sentença de primeiro grau, pautada na proporcionalidade:

(...) Neste diapasão, com fulcro no princípio da proporcionalidade, entendo que a melhor solução foi dada pelo douto magistrado de primeiro grau, não determinar a imediata e abrupta retirada dos réus moradores da área, com a demolição de suas casas, sobretudo porque tal ato acarretaria em uma maior lesão a área de preservação permanente e ao direito de moradia, qual tem cunho constitucional. (...).

Os desembargadores estabeleceram um prazo de seis meses para a Prefeitura de João Pessoa apresentar proposta de transferência dos moradores das áreas de preservação ambiental, ficando a cargo do juízo de primeiro grau, responsável pela execução do Acórdão, a multa pelo eventual em caso de descumprimento da decisão.

A determinação do Acórdão, que se imiscuiu na esfera Executiva, não foi de remoção dos moradores, mas tão-somente de determinar prazo para a Prefeitura apresentar proposta de transferência, com possibilidade de multa em caso de descumprimento.

O que se discute aqui é o uso da proporcionalidade para (tentar) justificar uma decisão, no mínimo, discutível. Está claro que o Poder Público não tinha interesse em desocupar a área: só figurava na Ação por ter sido demandado pelo Ibama. Ou seja, novas ocupações poderiam surgir, pois o Acórdão apenas recomendava que fossem coibidas novas construções. O número de moradores não foi quantificado, porém eram quatro apelantes/apelados particulares.

Embora a proporcionalidade seja um importante método, há perspectivas que dispensam o seu uso indevido, com o mesmo sentido de justiça a ser aplicado nas decisões judiciais:

Tabela 9: perspectivas de decisão do Reexame Necessário 21437/PB sem o uso indevido da proporcionalidade		
Ponto de vista:	Consequência:	Por que dispensa a Proporcionalidade e por que faz justiça:
As pessoas que ocuparam as áreas irregulares têm direito à moradia.	Ao invés de aguardar seis meses até uma suposta proposta de transferência dos moradores por parte da Prefeitura, o Judiciário poderia ter determinado que esta pagasse um auxílio-moradia a eles. Isso geraria uma revolta inicial da população, o que pressionaria politicamente a Prefeitura para realizar um programa habitacional amplo ou a considerar, de forma fundamentada, quais pessoas teriam direito à assistência do Poder Público. Com essa pressão, a proposta poderia ser efetivada antes de seis meses. O meio ambiente deixaria de ser agredido.	Ao invés de intervir em decisões políticas do Poder Executivo, o Poder Judiciário promoveria o direito à moradia (sob uma ótica mais forte) e, ao mesmo tempo, estancaria a degradação ambiental. O custo do pagamento de auxílio-moradia para as famílias afetadas poderia ter um custo menor do que o da degradação ambiental.
Não é possível conceder o direito à moradia a todos, dadas as condições e limitações do Estado. O direito à moradia deve ser entendido como o Estado não atrapalhar quem está em condições regulares e procurar facilitar a aquisição de imóveis e construção de residências.	O Poder Judiciário determinaria a imediata desocupação nas áreas irregulares. Isso geraria um problema inicial com as famílias desalojadas, mas por outro lado coibiria novas ocupações irregulares e outras grilagens de terras. A Prefeitura poderia livrar-se de um desgaste político maior, por não ter responsabilidade direta na desocupação, mas haveria pressão para programas habitacionais, com intensidade equivalente ao ponto de vista anterior.	Ocupar áreas de proteção ambiental para fins residenciais não é permitido. Ações irregulares não se justificam. O direito à moradia é protetivo, e não efetivo. O Estado deve se comprometer a respeitar as ocupações regulares, mas não pode tolerar irregularidades.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

Como se pode ver, é possível decidir de forma mais ou menos protetiva aos moradores, com igual cuidado ao meio ambiente, de forma objetiva e sem recorrer, equivocadamente, à proporcionalidade, um suposto remédio para todos os males. E,

mesmo que se insistisse nesse recurso, parece muito mais adequado (menor custo), necessário (proteção ambiental) e ponderado (preservação de direitos de ambas as partes) a retirada dos moradores.

No fundo, as consequências são e devem ser políticas: a pressão por ações públicas no sentido de viabilizar a aquisição de moradias, sem degradação ambiental e risco para a sociedade, e adoção de critérios claros e rígidos para seleção de beneficiados. A decisão serviu mais para preservar e acomodar a Administração Pública do que a Natureza e os cidadãos como um todo.

3.10 O CASO ELLWANGER (HC 82.424)

Quando se fala em proporcionalidade, o julgamento mais citado é o do HC 82.424¹¹⁰, também conhecido como caso Ellwanger. Siegfried Ellwanger Castan, nascido em 1928 e falecido em 2010, foi industrial, escritor revisionista e livreiro. Teve uma infância pobre, mas conseguiu custear estudos de espanhol e alemão. Ficou conhecido por posições políticas extravagantes sobre fatos historicamente comprovados e, após cinco anos de denúncias esparsas, foi indiciado em 1991, absolvido em 1995 e condenado em Segunda Instância, pelo TJRS. Foi julgado e condenado pelo STF em 2003¹¹¹.

Ellwanger alegou que os judeus seriam uma etnia, não uma raça. E esse foi um ponto crítico do julgamento do HC: a possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antissemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo ao, por exemplo, inverter os atores do Holocausto, debochar e defender a segregação? Um estudo detalhado e conceitual foi elaborado pelo STF.

Paralelamente à questão do racismo, outro ponto bastante discutido – e controverso – foi a proporcionalidade. Seria uma ponderação entre o direito à expressão (de um ponto de vista racista, ou não) diante da dignidade da pessoa humana e dos povos (os judeus), dois princípios consagrados na Constituição de 1988. O que prevalecesse ditaria o rumo da decisão.

¹¹⁰ Citado no item 2.1 desta Monografia, página 33.

¹¹¹ MACHADO, Renato Davi de Sousa. *Supremo Tribunal Federal e constitucionalismo supranacional. Esquema da apresentação*. Avaliação da Disciplina de Constitucionalismo Supranacional. Brasília: IDP, 2012, p. 2.

Dessa forma, teríamos quatro possíveis linhas iniciais de desfecho para o julgamento:

Tabela 10: linhas iniciais de desfecho para o julgamento do HC 82.424	
Entendimento adotado:	Possível resultado:
Ellwanger expressou opiniões desrespeitosas, mas sem natureza racial, já que os judeus não seriam uma raça.	Ellwanger estaria protegido pela liberdade de expressão e, portanto, sem cometer crime.
	Ellwanger não estaria protegido pela liberdade de expressão, pois a dignidade da pessoa humana prevaleceria. Teria cometido difamação, o que é crime, mas, neste caso, estaria prescrito e não haveria punibilidade.
Ellwanger expressou opiniões contra um grupo que, contextualmente, pode ser considerado uma raça.	Ellwanger estaria protegido pela liberdade de expressão e, portanto, sem cometer crime. Suas opiniões não chegaram ao nível de racismo.
	Ellwanger não estaria protegido pela liberdade de expressão, pois a dignidade da pessoa humana prevaleceria. Assim, cometeu crime, imprescritível e, portanto, ainda punível.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

A partir disso, o julgamento delineou-se, com os seguintes posicionamentos:

Tabela 11: resumo dos votos no julgamento HC 82.424¹¹²	
Ministro:	Entendimento:
Moreira Alves (Relator)	O racismo não abarca toda e qualquer forma de discriminação. A interpretação (alcance) deve ser restritivo. Usou citações para argumentar que os judeus não são uma raça. Deferiu o HC para declarar a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição punitiva.
Ayres Britto	Entendeu não haver justa causa para instauração de ação penal contra o então Réu. Entendeu que haveria atipicidade do crime, porque a lei que tipificou o racismo por meio de comunicação foi promulgada depois de Ellwanger ter cometido o delito. Deferiu o HC.
Marco Aurélio	Preponderou a liberdade de expressão. Segundo ele, não teria havido a instigação ou incitação da prática de racismo. O Paciente apenas teria escrito a história com a sua visão. Deferiu o HC.
Maurício Corrêa (Presidente)	Abriu a divergência: a genética banuiu o conceito de raça (alcance deve ser amplo). As ideias do Paciente, se executadas, gerariam intolerância e desarmonia. Indeferiu o HC.
Celso de Mello	“Só existe uma raça: a espécie humana.” A ofensa à dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando de natureza racista, ofende a dignidade de todos e de cada um. Indeferiu o HC.

¹¹² MACHADO, Renato Davi de Sousa. *Supremo Tribunal Federal e constitucionalismo supranacional. Esquema da apresentação*. Avaliação da Disciplina de Constitucionalismo Supranacional. Brasília: IDP, 2012, p. 3.

Tabela 11: resumo dos votos no julgamento HC 82.424 (continuação)	
Ministro:	Entendimento:
Gilmar Mendes	O antissemitismo está incluído no racismo: é um conceito histórico-cultural. “Não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”. Indeferiu o HC.
Carlos Velloso	O Paciente, ao fazer referência à “inclinação racial e parasitária dos judeus”, considerou-os como raça, praticando racismo. Indeferiu o HC.
Nelson Jobin	Os livros do Paciente não foram editados por motivos históricos, mas com instrumentos antissemitas, fomentadores do racismo. Indeferiu o HC.
Ellen Grace	“A unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todas os homens”: nessa linha ampla, Indeferiu o HC.
Cezar Pelluso	“A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre.” Indeferiu o HC.
Sepúlveda Pertence	Um livro pode ser instrumento da prática de racismo. Não teria havido uma tentativa séria e responsável de revisão histórica, mas uma intenção ilícita por trás. Indeferiu o HC.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

O “princípio da proporcionalidade” foi fartamente citado por dois Ministros em particular: Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Um grande esforço metodológico e numerosas citações estrangeiras foram realizados por ambos, que, ao final, chegaram a resultados discordantes:

Tabela 12: a proporcionalidade nos votos de Marco Aurélio e Gilmar Mendes		
Ministro:	Uso da proporcionalidade:	Citações estrangeiras:
Marco Aurélio	<p>Diante do “tom paradigmático” do julgamento, os Ministros estariam diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação de valores.</p> <p>“Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade.”</p>	<p>Licensing Act (1695) rejeitado: lei que estabelecia censura prévia na Inglaterra.</p> <p>Declaração de Direitos da Virgínia (1776): “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida”.</p> <p>Constituição Americana (1787), Emenda 1: o Congresso não legislará cerceando a liberdade de imprensa.</p> <p>Declaração dos Direitos do Homem (1789): “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos”.</p>

Tabela 12: a proporcionalidade em Marco Aurélio e Gilmar Mendes (continuação)		
Ministro:	Uso da proporcionalidade:	Citações estrangeiras:
Marco Aurélio (cont.)	<p>“Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade”, “o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ‘ponderação’, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos”.</p> <p>Uma ponderação dos valores em jogo decide-se com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, com primazia do Direito.</p> <p>“A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento.”</p> <p>Análise dos três subprincípios:</p> <p>Não é adequado proibir a publicação de pensamentos.</p> <p>Não é necessário condenar o Paciente, pois sua condenação não significaria a conservação da dignidade do povo judeu.</p> <p>Ponderação: restringir determinada publicação de opinião diante de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará transtornos, não se justifica.</p>	<p>Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão”, incluindo ter opiniões e procurar receber e transmitir informações e ideias.</p> <p>Convênio Europeu (1950): liberdade de expressão, o recebimento e a comunicação de informações e o afastamento da ingerência de autoridades públicas.</p> <p>Pacto de São José (1969): “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”.</p> <p>Casos Miller vs. California, Falwell vs. Hustler Magazine, New York Times vs. Sullivan: a Liberdade de expressão sobre questões políticas é assegurada pela Primeira Emenda.</p> <p>Gunther Teubner (1944-), sociólogo e doutrinador alemão: os direitos fundamentais devem proteger tendências colonizantes das políticas estatais.</p> <p>Stuart Mill (1806-1873), filósofo e economista alemão: uma sociedade é tirana quando obriga a todos os caracteres a moldar-se sobre o seu próprio. Mais casos: Lüth (1958); Livro sobre a Guerra (1994); Soldados Assassinos (1995); Romance Pornográfico (1990); Terminiello vs Chicago (1949); R.A.V. vs City of St. Paul (1992); Texas vs. Johnson (1989); Publicação Cômica Contra o Povo Judeu (1995).</p> <p>Von Listz (1851-1919), jurista alemão: a imprescritibilidade gera efeitos difíceis, incertos, com perturbadora intromissão nas relações constituídas.</p> <p>Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra (1968), para refutar a imprescritibilidade do racismo.</p>

Tabela 12: a proporcionalidade em Marco Aurélio e Gilmar Mendes (continuação)		
Ministro:	Uso da proporcionalidade:	Citações estrangeiras:
Gilmar Mendes	<p>CF, art. 5º, inciso X combinado com o art. 220, § 1º: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”</p> <p>+</p> <p>“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.</p> <p>=</p> <p>O Legislador Constituinte não pretendeu criar um domínio inexpugnável à intervenção estatal. A própria disciplina do texto exige intervenção legislativa.</p> <p>O princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental (Alexy).</p> <p>Princípio da proporcionalidade como método para solução de conflitos entre princípios (as regras podem ser reduzidas ou revogadas).</p>	<p>Kevin Boyle (1960-2010), historiador norte-americano: a classificação em raça e hierarquia social foi um produto do século XIX. O genoma humano provou existir somente uma raça (humana). Os sofisticados racistas (da atualidade) usam diferenças culturais e irreconciliáveis para justificar seus extremismos.</p> <p>Noberto Bobbio (1909-2004), filósofo-político e historiador italiano: havendo uma diversidade de raças, uma ou mais superiores, prontas para extrair vantagens das demais, ainda ficaria difícil estabelecer um critério de diferenciação.</p> <p>Pierre-André Taguieff (1946-), filósofo e cientista político francês: o racismo tem dois elementos centrais: a pureza da raça e a superioridade da raça. Um conceito que não é biológico, mas complexo.</p> <p>Suprema Corte dos EUA (Shaare Tefila Congregation x Cobb, 1987): a decisão de proteger os judeus visava combater a discriminação de classes identificáveis de pessoas, dando maior conteúdo jurídico à dignidade humana e à repressão ao racismo.</p> <p>Câmara dos Lordes do RU (Mandla x Dowell Lee, 1981): o termo “étnico” não pode ser empregado no sentido estrito. Deve ser interpretado de forma ampla, no seu sentido cultural e histórico.</p> <p>Trina Jones, Professora de Direito da Univ. de Duke, EUA): raça é um significado social atribuído a uma categoria. Um conjunto de crenças e convicções, abrangentes, que podem ser de natureza física, moral, intelectual ou de classe social.</p> <p>Doutrina do Hate Speech (Incitação ao Ódio, 1969-): intensa preocupação das sociedades democráticas atuais com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial.</p> <p>Kevin Boyle: uma sociedade que busca a democracia e a igualdade política deve proteger o direito de liberdade de expressão e o direito à não-discriminação.</p> <p>CEDH (Lehideux e Isoni x França, 1997): aplicação do princípio da proporcionalidade para dirimir o confronto entre liberdade de expressão e abuso de direito. Considerar salutares certos atos do Marechal Petáin foi considerado liberdade de expressão.</p>

Pode-se constatar, nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes a partir das menções e referências, que nenhum desses recursos é suficiente para uma decisão objetiva no caso concreto, sujeitando a decisão final ao exame de discricionariedade inteiramente subjetiva, por parte dos julgadores.

Como salientou Streck, a questão chega a ser constrangedoramente simples. O jurista gaúcho apontou que o preconceito contra judeus é de natureza racial. Portanto, um crime imprescritível, impossibilitando a concessão do HC. O presente estudo, ao exemplo dos fetos anencéfalos, sem adentrar esse mérito, aponta duas soluções para o caso, sem necessidade de proporcionalidade e com objetividade e precisão:

Tabela 13: desdobramentos alternativos e objetivos para o HC 82.424		
Premissa:	Fundamentação:	Resultado:
Ellwanger cometeu racismo, pois o preconceito contra os judeus pode ser enquadrado como preconceito racial.	Alguma lei, tratado ou convenção que o Brasil assinou, reconhecendo que o preconceito contra um povo, nação e/ou religião específica é racismo. Isso deveria estar expreso, não admitindo analogia para prejudicar o Paciente, por se tratar de esfera penal.	Como o racismo é um crime imprescritível, Ellwanger deve ter o HC indeferido. Condenação mantida.
Ellwanger cometeu injúria, ofendendo os judeus, uma coletividade.	Neste caso, não haveria reconhecimento expreso de que o preconceito contra os judeus é racismo ¹¹³ . Judeus ou representações poderiam ajuizar uma ação coletiva, pedindo reparação pelo preconceito não racial, mais configurável como injúria ou, caso houvesse a imputação de algum crime ou conduta criminosa a eles, calúnia ou difamação, também.	O crime poderia estar prescrito até o trânsito em julgado, mas, caso não estivesse, Ellwanger seria condenado criminalmente por um ilícito sem natureza racial.

Tabela de Autoria Própria, feita para esta Monografia.

¹¹³ É interessante e imprescindível diferenciar preconceito, discriminação e racismo. Simplificadamente, preconceito é algo pessoal, sem ação efetiva, que pode sequer se manifestar. E, quando manifestado, não se traduz em segregação, violência ou prejuízo material, político, empregatício ou comercial para as partes ofendidas. A discriminação é materializada por uma ação efetiva, como deixar de prestar serviço impedir o exercício de direitos de determinado grupo. O preconceito e a discriminação podem, ou não, ter natureza racial. Quando se direciona a homossexuais, por exemplo, o viés é negativo. Quando o alvo são os negros, o viés é indubitavelmente positivo. Em relação aos judeus, o viés é controverso, até porque pode referir-se aos semitas (povo) ou ao judaísmo (religião que congrega povos e raças no mundo todo). Fonte: MACHADO, Renato Davi de Sousa.

Se, por um lado, a pura e simples consideração de que Ellwanger exerceu sua liberdade de expressão não parece razoável e conflitante com a proteção da sociedade, considerar que houve racismo com base em analogia, sem um expresse diploma legal a respeito, não se coaduna com os verdadeiros princípios e exigências penais. E a quem caberia o enquadramento – ou não – do preconceito contra os judeus como um crime racial? Segundo Schlink, ao Poder Legislativo, capaz de ponderar isso de forma mais legítima e clara.

Uma coisa é insistir em publicar fatos (como negar o Holocausto, o Genocídio Armênio ou a Escravidão, por exemplo). Outra é ofender uma coletividade ou imputar a ela culpa.

Obviamente o silêncio da Lei não pode – e não deve – ser utilizado contra o alvo da ação penal, sob o risco de cairmos em um Estado totalitário, manipulador e intervencionista ao extremo.

CONCLUSÃO

Este não é um estudo contra a proporcionalidade ou a ponderação. Pelo contrário: busca preservar esses conceitos e métodos do uso arbitrário, ideológico e sem fundamento consistente por parte do Poder Judiciário.

Em uma questão tão relevante como a decisão judicial, o Judiciário deveria privilegiar a decisão do Legislador, muitas vezes inequívoca. Quando isso não é possível, a ponderação ganha terreno, mas ainda assim deve ser usada com moderação e de forma mais objetiva possível, para evitar que a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito, como um todo, saiam enfraquecidos.

O uso inadequado da ponderação acaba aniquilando a conquista normativa da Carta Magna, diluindo a certeza e a previsibilidade que deveriam caracterizar suas disposições, especialmente em relação às cláusulas pétreas. Historicamente os direitos fundamentais têm previsão constitucional com o objetivo de estarem a salvo dos humores das maiorias e suas possíveis influências sobre os juízes¹¹⁴.

Obviamente é muito difícil listar todos os casos possíveis em que um princípio poderá ou não ser adotado. A sociedade muda muito mais rapidamente do que o processo legislativo. Isso minimizaria a necessidade de ponderações, mas os debates intermináveis no Congresso Nacional correm em defasagem com os anseios e as transformações de seus eleitores.

A ponderação pressupõe um sacrifício. O seu uso significa que ao menos um princípio será mitigado ou sacrificado para outro prevalecer. É como uma conciliação jurídica, quando ambas as partes abrem mão de direitos para a concretização de um acordo. Porém, ao contrário de lados mais igualitários, no Direito Constitucional temos frequentemente o indivíduo contra o Estado.

É preciso pensar adiante na tomada de decisões que envolvem esses sacrifícios. Privilegiar demais o indivíduo, como assegurar sua liberdade de expressão ou escolha de serviço de transporte, pode parecer um avanço, no entanto pode representar um retrocesso a médio e longo prazos para a sociedade. Até mesmo a democracia requer limites para ser preservada.

Por outro lado, a ânsia de fazer justiça e relativizar os direitos do indivíduo, mesmo um acusado de crime grave, pode aparentar uma efetivação da justiça,

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicionall*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 52.

satisfazendo a sociedade. Entretanto, esta é quem sai prejudicada, pois a violação de certas garantias pode voltar-se, um dia, contra os indivíduos de bem, numa espécie de ditadura jurídica, tão ou mais séria do que as tradicionais.

Por conseguinte, o uso indiscriminado da ponderação pode fragilizar o Direito, com ou sem uma falsa impressão de justiça feita ou satisfação social. Não só pelo protagonismo dos tribunais, por vezes necessário diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, mas por decisões subjetivistas, contraditórias e arbitrárias.

O lado bom é que a proporcionalidade e a ponderação podem ser usadas de forma racional. Para isso, deve-se deixar de lado a visão do Direito como uma simples balança, onde valores devem ser sopesados para um resultado final. Em certos casos a questão não é comparativa, e sim de encaixe (sim ou não). Em afirmativo, a proteção deve ser concedida. De outra forma, negada, sem significar injustiça ou descumprimento da proteção dos direitos fundamentais.

Algo tão presente e complexo como a proporcionalidade pode e deve ser visto por dois grandes pontos de vista: o numérico e o metodológico. A manifestação numérica ocorre quando a lei estipula limites (máximos e mínimos) e, no caso concreto, a decisão deve estar entre eles. Há uma espécie de proporção dentro de uma razoabilidade pré-determinada pelo Legislador. Aproximar-se de um desses limites apenas por mera conveniência, pode ser extremamente nocivo para o Direito.

Metodologicamente, o melhor é sempre evitar a proporcionalidade. Primeiro, pela potencial dose de arbitrariedade, inerente ao processo de escolha de princípios a serem considerados. Segundo, por representar a perda para pelo menos um dos lados da relação jurídica. Terceiro, pelas implicações na atuação – ou falta de – dos demais Poderes. Tanto o Legislativo quanto o Executivo podem acomodar-se, evitando desgastes e repassando decisões polêmicas aos magistrados.

A tarefa do aplicador do Direito deve estar ancorada em conceitos como adequação, integridade e coerência, considerando todas as normas, princípios e regras prontamente aplicáveis ao caso concreto, assim como o levantamento das circunstâncias específicas e relevantes para uma solução justa. Entretanto, a adesão incondicional aos precedentes¹¹⁵ e à ponderação pode comprometer esse

¹¹⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009, p. 179 e 180.

raciocínio e deslegitimar essas decisões, porque, ao contrário do que pode parecer, não embasam, mas fragilizam e amarram o caminho tomado.

Decisões judiciais precisam de justificações, feitas a partir de razões e argumentos de caráter jurídico¹¹⁶. Essa é a verdadeira ponderação a ser feita. Comparações nem sempre são úteis. A boa aplicação do Direito depende da sólida fundamentação de opiniões, feitas a partir de um estudo hermenêutico apurado, sem medo de parecer injusto, mas sem acomodar os demais Poderes.

A concretização dos direitos fundamentais não depende de uma ponderação mal aplicada, e sim de bases sólidas e mais objetivas, bem como de leis mais claras e que auxiliem, na medida do possível, elas próprias, a interpretação do aplicador e o usufruto de seus benefícios pela sociedade.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 931.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, Thomas Alexander. O direito constitucional na era da ponderação. In: *Revista Internacional de Direito Tributário*, v. 5, p. 306-307.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 7. ed., 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 5. ed., 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 6. ed., 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica - princípio da proporcionalidade, uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. *Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Democracia: entre faticidade e validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, volumes 1 e 2.

_____. *Entre fatos e normas*. Massachusetts – EUA: MIT Press, 1998.

HUBER, Hans. *Niedergang des rechts und krise des rechtstaats*, in *Demokratie und Rechtsaat*, Festgabe Zun 60. Geburtstag von Zaccaria Giacomett, 1953, Zürich. Disponível em: www.books.google.com.br. Tradução a partir do Google: www.google.com.br.

JORNAL CORREIO BRAZILIENSE, encarte Direito e Justiça.

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais. Série Formação Contínua. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf.

LAUTENSCHLAGER, Lauren. *Direitos fundamentais como limites jurídicos ao poder do Estado: conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18644/direitos-fundamentais-como-limites-juridicos-ao-poder-do-estado-conteudo-essencial-dos-preceitos-constitucionais/2> Acesso em: 12 maio 2015.

MACHADO, Renato Davi de Sousa. *Supremo Tribunal Federal e constitucionalismo supranacional. Esquema da apresentação*. Avaliação da Disciplina de Constitucionalismo Supranacional. Brasília: IDP, 2012.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23, 1994.

_____. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. 1, n. 5, ago. 2001.

O livro da filosofia. Tradução de Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011, p. 307.

PEDROSA, Gilberto. *Comodidades no mundo constitucional: O que nos incomoda? Teorizações e discursos jurídicos perfeitos e o “ascender e apagar das luzes”*. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/comodidades-no-mundo-constitucional-o-que-nos-incomoda-teori-zacoes-e-discursos-juridicos-perfeitos-e-o-ascender-e-apagar-das-luzes/>

PULIDO, Carlos Bernal. *A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa*. Disponível em: <http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/8.pdf>.

_____. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. TJRJ: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 13 maio 2015.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCHLINK, Bernhard. *German constitutional culture in transition*. *Cardo Law Review*, n. 14, 1993.

_____. *Liberdade mediante resistência estatal – reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais*. Tradução inédita de Leonardo Martins. Europäische Grundrecht-Zeitschrift, 1984.

SCHMIDT, Eberhard. *Questão de justiça: os princípios jurídicos judiciais e as suas implicações na lei processual e substantiva*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961. Disponível em: <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/entity/118759590>. Acesso em 24 maio 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.