

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO(*)

Uma das características mais destacadas da teoria jurídica contemporânea é a disposição para explorar a dimensão principiológica do Direito, podendo ser entendida como resultado de um ambiente preparado pelas discussões jusfilosóficas de após a II Grande Guerra. Os horrores do regime nacional-socialista, praticados geralmente em obediência a determinações legais, levou a que se pusesse em evidência o aspecto axiológico Direito, bem como a que se buscasse em outras fontes que não apenas aquela legislativa, os critérios para sua correta aplicação. Por outro lado, o positivismo em suas diversas manifestações — normativista, realista ou sociológico etc. —, trouxe para o pensamento jurídico uma contribuição definitiva, ao preconizar a sua formulação dentro dos padrões rigorosos e racionais da ciência. Os estudos de metodologia jurídica têm por isso ocupado um lugar central na filosofia do direito contemporâneo, em busca de como explicar o fenômeno jurídico sem abdicar de sua dimensão valorativa, nem cair no subjetivismo irracionalista que se costuma apontar como conseqüência do desrespeito da neutralidade axiológica.

Surgem, então, manifestações diversas no sentido de que o direito deve ser tratado de acordo com cânones de uma racionalidade específica, não-cartesiana, o que trás consigo a revalorização de disciplinas pré-modernas, dedicadas ao estudo da argumentação, como a Retórica e a Tópica, enquanto uma outra tendência se ocupa em explorar as possibilidades do pensamento analítico e axiomático para desenvolver uma lógica própria do discurso normativo. Este movimento renovador das concepções jurídica, ao qual aderimos entusiasticamente desde a publicação da obra intitulada "Ensaio de Teoria Constitucional" (Fortaleza: Imprensa Universitária — UFC —, 1989), refundida na "Teoria Processual da Constituição" (2ª ed., com

(*) Professor Titular de Direito Processual Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará — UFC e da Universidade Santa Cecília (Santos, SP) — UNISANTA; Livre Docente em Filosofia do Direito (UFC), Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP, onde atualmente leciona Filosofia do Direito no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

um "Posfácio", São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Ed., 2002), tem perpassado todos os ramos do Direito, embora se situe no âmbito constitucional o seu epicentro irradiador.

Os valores jurídicos perdem a sua conotação subjetiva e pessoal na medida em que se expressam em normas, dentro de um ordenamento objetivo, passíveis de serem harmonizadas em um sistema coerente que, apesar de abstrato, volta-se para a resolução dos problemas práticos da vida jurídica. O sistema normativo, portanto, não é mais concebido como um conjunto fechado de regras, que, para cada fato, apresentaria a consequência jurídica decorrente, mas sim, como um sistema aberto, para dar conta das peculiaridades de cada caso concreto. Isso significa uma abertura para, em certas hipóteses, tomar decisões sobre problemas jurídicos lançando mão de recursos outros, que não o das proposições normativas (*Rechtssätze*), com seu esquema limitado ao estabelecimento de uma relação vinculativa entre uma hipótese legal (*Tatbestand*) e sua consequência (*Rechtsfolge*), como são os princípios fundamentais (*Rechtsgrundsätze*) e as máximas universais de justiça (*topoi*), os quais, apesar de terem uma carga valorativa muito maior, são dotados da necessária existência objetiva e havidos como independente da vontade individual.

As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou uma espécie (a *fattispecie* a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s). Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são "determinações de otimização" (*Optimierungsgebote*), na expressão de Robert Alexy ("Theorie der Grundrechte", Baden-Baden: NOMOS, 1985, págs. 75 e s.), que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.

E, finalmente, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia — a rigor, portanto, não há colisão direta entre regra(s) e princípio(s).

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses que é de se destacar: sua relatividade. Não

há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa — digamos, individual — termina por infringir uma outra — por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade” para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito (cf. *Alexy*, ob. cit., págs. 100, 143 e s., *passim*; *Willis S. Guerra Filho*, “Ensaio”, cit., págs. 47, 69 e s., *passim*).

A marca distintiva do pensamento jurídico contemporâneo, que se faz notar em autores como *Josef Esser*, *Ronald Dworkin*, antes do já referido *Robert Alexy*, repousa precisamente na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, quer explicitamente — em geral, na constituição —, quer através de normas onde se manifestam de forma implícita — como é aquela do princípio protetor —, quando do tratamento dos problemas jurídicos. Com isso, dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista, para o qual as normas do direito positivo se reduziriam ao que hoje se chama “regras” (*rules*, *Regeln*) na teoria jurídica anglo-saxônica e germânica, isto é, normas que permitem realizar uma subsunção dos fatos por elas regulados (*Sachverhalte*), atribuindo a sanção cabível. Princípios, por sua vez, se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma “pirâmide normativa” (*Stufenbau*), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu “raio de abrangência”. Ao contrário dessas também, se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando a medida em que se acata um e desatende o outro. Esse papel lhe cai muito bem pela circunstância de se tratar de um princípio extremamente formal e, a diferença dos demais, não haver um outro que seja o seu oposto em vigor, em um ordenamento jurídico digno desse nome.

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante — o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos princípios — princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.

O princípio da proporcionalidade tem um conteúdo que se reparte em três “princípios parciais” (*Teilgrundsätze*): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” (*Abwägungsgebot*), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “mandamento do meio

mais suave" (*Gebot des mildesten Mittels*) — a propósito, v., por todos, Paulo Bonavides ("Curso de Direito Constitucional" ["O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios"], São Paulo: Malheiros, 1993, págs. 318 e segs.). O "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o "conteúdo essencial" (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado". Além disso, esse meio deve se mostrar "exigível", o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção, vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitucional alemão: "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental" ("*Entscheidungen der Bundesverfassungsgericht*", n. 30, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971, pág. 316).

As demais manifestações do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), por sua vez, já apresentam um grau bem maior de concreção, especialmente aquele referente à "adequação" (*Geeignetheit*), sendo isso o que possibilita subsumir a eles fatos diretamente, a exemplo do que se verifica com as normas que são regras, o que não ocorre com nenhum outro princípio. Essa peculiaridade o torna isento à crítica que se faz ao uso de princípios no raciocínio jurídico, de que assim o Direito é visto de uma perspectiva deformante, "de cima para baixo", quando as leis é que fornecem o ponto de vista adequado e normal, "de baixo para cima": o "mandamento" ou "máxima da proporcionalidade", ao mesmo tempo em que ocupa o posto mais alto na escala dos princípios, por ser o mais abstrato deles, por resolver seus problemas de colisões, contempla igualmente a possibilidade de "descer" à base da pirâmide normativa, informando a produção daquelas normas individuais que são as sentenças e as medidas administrativas. Por tudo isso, bem como pela íntima relação que guarda com a "essência" ou "idéia do direito" (*Rechtsidee*) — como já acentuou, entre outros, Karl Larenz —, é que se vê no princípio da proporcionalidade a expressão mais própria da norma fundamental (*Grundnorm*), a qual Kelsen nunca conseguiu definir de uma forma satisfatória, por só vislumbrá-la no topo de sua pirâmide normativa, quando o lugar mais acertado para um fundamento é mesmo na base de tal pirâmide.

É assim que, mesmo no caso das normas que compõem o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), não a concebemos como dotadas da natureza de regras, até porque não se acham explicitadas em todo e qualquer ordenamento jurídico, tal como verificamos entre nós, onde o princípio como um todo haverá de ser deduzido do regime constitucional de direitos fundamentais por nós adotado, com base no art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

- Alexy, Robert.* "Theorie der Grundrechte", Baden-Baden: NOMOS, 1985.
- Bonavides, Paulo.* "Curso de Direito Constitucional", 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- Bundesverfassungsgericht.* "Entscheidungen", n. 30. Tübingen: C. B. Mohr, 1971.
- Dworkin, Ronald.* "Is Law a System of Rules?" In: Id., "The Philosophy of Law", Oxford: University Press, 1977.
- Esser, Josef.* "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre", 2ª ed., Tübingen: C.B. Mohr, 1964.
- Guerra Filho, Willis Santiago.* "Ensaio de Teoria Constitucional", Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.
- _____. "Teoria Processual da Constituição", 2ª ed., com um "Posfácio", São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Ed., 2002.
- Kelsen, Hans.* "Reine Rechtslehre", 2ª ed., Springer: Wien, 1960.
- Larenz, Karl.* "Derecho justo [Richtiges Recht]". Trad.: Luis Díez-Picazo, Madrid: Bosch, 1990.