

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ALEMÃO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTEXTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DA TUTELA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

JULIA COELHO FRANSEN

ORIENTADOR: BRUNO MARINI

RESUMO

O presente artigo versará acerca do princípio da proporcionalidade e sua importância na seara de decisões jurisprudenciais as quais têm como escopo os julgados da Suprema Corte da República Federativa do Brasil. O objetivo visa compreender o processo de incorporação do princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina e Suprema Corte alemã, ao sistema jurisprudencial brasileiro. Também será analisada a aplicação deste princípio pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos em que se busca tutelar e solucionar conflitos nas decisões em que envolvem possíveis empasses entre direitos fundamentais distintos, incorporando balizas interpretativas em forma de precedentes que vinculam as demais instâncias judiciais. O método aplicado é o dedutivo, descritivo, mediante pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Foi constatado nos resultados que o STF utiliza a proporcionalidade tanto no contexto do controle de atos administrativos que limitam direitos de forma excessiva, quanto na ponderação de conflitos de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Direitos e garantias fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Controle de atos administrativos. Ponderação de direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais e suas garantias principiológicas são inerentes à manutenção da dignidade da pessoa humana no contexto contemporâneo. Tratam dos direitos que correspondem à própria natureza humana, garantem o mínimo existencial e positivam as normas mínimas de existência e humanidade nas constituições dos países, ao passo em que assegurar-los é condição inegável e necessária para a manutenção da vida em sociedade.

A conjuntura da Constituição da República Federativa do Brasil, desde sua promulgação, expõe grande influência jusnaturalista e garantista, marcada por um período histórico de valorização dos direitos do homem, tendo em vista

a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o ainda recente fim da Ditadura Militar no país. O rol constitucional busca uma evolução ideológica já presente em muitos outros países. Ao conferir status constitucional às dimensões dos Direitos Humanos, o texto constitucional passa a propor a hierarquia cogente no dever de observância e zelo da aplicação desses direitos na conjuntura das atividades tanto típicas quanto atípicas dos três poderes da União, em especial o Poder Judiciário, sobre o qual versará o presente artigo.

Aludida a importância da apreciação judicial dos direitos e garantias fundamentais, faz-se necessária a análise dos mecanismos de valoração desses direitos no plano fático pelo magistrado. O princípio da proporcionalidade, e suas três vertentes verificativas, são imprescindíveis para o julgamento e a compatibilização de direitos constitucionais na seara judicial.

Pela análise da necessidade do objeto proposto, a sua adequação à realidade e aos direitos fundamentais no contexto contemporâneo e a proporcionalidade no sentido estrito desses direitos a serem abarcados pelo julgamento em questão, é possível assegurar a garantia do devido processo legal, da vinculação dos precedentes e a evolução jurídica frente às mudanças ideológicas e culturais, as quais por vezes não são apreciadas e/ou garantidas na codificação normativa estática.

Como instância superior do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui a prerrogativa de assegurar a devida apreciação das garantias constitucionais, sejam elas de primeira, segunda ou terceira geração, bem como conduzir o sistema jurídico do país a um ideal isonômico e ativo, sempre evoluindo de acordo com as necessidades sociais.

Por meio das balizas principiológicas da proporcionalidade é viável promover a relativização dos direitos no contexto da realidade fática presente no processo em questão, com vistas a garantir uma aplicação que seja adequada e pertinente para cada caso de modo individualizado, impedindo assim o enrijecimento e a generalidade nos julgamentos. Os atributos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, subprincípios da proporcionalidade, conferem ao modelo do sistema judiciário brasileiro um caráter assecuratório e evidentemente isonômico.

1 TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A dicção doutrinária conceitua o teor dos Direitos Humanos como sendo aqueles inerentes ao cidadão, concebidos pura e simplesmente da natureza originária do homem enquanto ser social, fruto do cerne ideológico formador das sociedades.

A conjuntura dos direitos fundamentais nos permite categorizá-los em três dimensões, que foram constitucionalizados à medida de acontecimentos históricos, os quais projetaram uma evolução na concepção popular e a conseguinte necessidade de positivação desses ideais no texto legislativo.

1.1 Do conceito de direitos humanos

Sob a visão jusnaturalista, é possível contextualizar os direitos fundamentais como os direitos inerentes ao ser humano, inegáveis por sua natureza, pelos quais as nações devem buscar sua máxima efetividade e abrangência. O pacto social, máxima norteadora da formação das sociedades, institui um acordo entre Estado e indivíduo, uma troca de favores, os quais implicam na limitação de poder individual, abdicando o ser humano de uma liberdade ilimitada promovida pela vida fora de uma realidade social, e no tocante ao Estado, este se compromete a estabelecer limites em exercício seu poder perante a sociedade.

Nasce dessa premissa a existência das dimensões de direitos fundamentais, que serão positivas, à medida em que implicam uma realização ativa da garantia de um direito pelo Estado, ou negativas, ao passo em que promoverão balizas norteadoras da atuação do Estado nas liberdades individuais. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos seus direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí venha a balbúrdia, o conflito (2016, p.22).

A conjuntura do pacto social prescinde a necessidade de organização sistemática dos seres humanos em uma sociedade, pois a vida em sociedade

necessita da organização e compatibilização do exercício dos direitos naturais por cada um de seus integrantes para manter a harmonia da vida em comum. Surge então a importância do poder soberano do Estado, o qual ficará no encargo de promover a harmonia e isonomia entre os pactuantes, ao mesmo tempo em que consente com os limites trazidos pelas liberdades individuais, se comprometendo a não usurpar as balizas estabelecidas e protegendo os direitos fundamentais à proporção das necessidades que a realidade fática condiz.

Mister a relevância principiológica dos direitos e garantias fundamentais para a manutenção da hegemonia social nos Estados, o advento da hierarquização das normas configura uma ferramenta importante no destaque de aplicação desses princípios. O controle de constitucionalidade, o qual procede de várias etapas de verificação, passa a conferir proteção e garantia de segurança jurídica no âmbito das leis infraconstitucionais e nas decisões jurisprudenciais.

1.2 Das Dimensões dos direitos humanos

O direito das gentes pressupõe uma ligação cogente com a própria expressão humana, e, em decorrência de sua natureza, são imprescritíveis - não se esvaem no decurso temporal - são inalienáveis, pois seu núcleo essencial jamais poderá ser abdicado por aqueles os quais o expressam. São esses direitos também, ao mesmo tempo, individuais, na medida em que o ordenamento considera cada indivíduo como ser independente e completo, e universais, pois pertencem a todos os homens. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

São esses direitos reconhecidos pela ordem jurídica. Esta é a concepção tradicional, historicamente vinculada ao jusnaturalismo. Mais. Não é necessário sequer estejam incluídos na declaração formalizada para que devam ser respeitados. Com efeito, a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa. Este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias não exclui outros resultantes do regime e dos princípios adotados. Há nisto o reconhecimento de direitos implícitos (2016, p. 46).

A evolução histórica dos direitos fundamentais possui seu alicerce na primeira geração desses princípios: um pacto realizado entre o indivíduo e o

Estado, o primeiro abdicando de seu poder ilimitado, e o segundo propondo a contraproposta de moderar seus poderes e possibilitar o exercício dos direitos naturais na medida do limite aplicável.

A primeira geração dos direitos fundamentais tem como marco histórico o final do século XVII, em alusão a uma corrente filosófica que vinha tomando conta do pensamento popular: o iluminismo. Com ideais axiológicos na valorização das liberdades e na igualdade entre as gentes, o movimento viria a contestar a então existência do autoritário e segregacionista absolutismo monárquico na Europa. Imperioso, porém, destacar a importância da Declaração dos Direitos editada pela Virgínia em 1776, a declaração americana, marcada pelo universalismo, instigou liberais franceses a contestar o poder do monarca e as extravagâncias da coroa francesa. A Revolução Francesa (1789) invoca então a proteção dos direitos individuais do homem, compelindo ao Estado uma posição negativa, ao passo em que limitava o poder de ação do soberano na expressão dos direitos individuais.

Como direitos adquiridos dessa primeira geração podem ser citados os direitos civis e políticos, os quais implicam em uma abstenção por parte do Estado - uma obrigação de não-fazer – temos aqui a ocorrência dos princípios de direito à propriedade, ao voto, à expressão ideológica. São esses, sob a perspectiva material, direitos de liberdade, os quais devem ser assegurados pelo Estado e oponíveis perante os demais integrantes da comunidade.

Os direitos de segunda geração foram marcados pela reivindicação de direitos sociais frente ao avanço desenfreado da economia liberal na Inglaterra do final do séc. XIX ao início do séc. XX. Com a ascensão da burguesia e da manufatura, a submissão das camadas menos abastadas da sociedade a um regime trabalhista evidentemente exploratório traz à tona ideais de cunho social e igualitário, que rapidamente contaminam o pensamento popular.

Em resposta ao movimento antiliberal liderado pelas massas operantes, se encontra o Estado em uma posição garantista, essa segunda geração de direitos – sociais, econômicos, culturais e coletivos – necessitam de uma atuação ativa do ente soberano, na medida em que o próprio deve criar meios de correta apreciação e policiamento da aplicação desses ideais principiológicos no

contexto fático. Notável a dificuldade prática enfrentada pelos Estados em incorporar tais direitos na realidade contemporânea, como fundamenta Bonavides:

[...] Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos (2011, p. 564).

A terceira geração de direitos, por sua vez, fora gestado meio à insalubridade e escassez deixada pelo período da Segunda Guerra Mundial. O período de guerras abalara o cerne principiológico dos Direitos do Homem, a ameaça ao Estado Democrático de Direito e o receio de um retrocesso nas garantias fundamentais pressionou os Estados a pactuarem entre si um rol de direitos em comum. Surge então a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948. A ratificação pelos países-membros possibilita o florescer dos direitos individuais e coletivos, que são de alcance difuso. Esses direitos compelem a atuação positiva do Estado, que se compromete a garantir as particularidades individuais e coletivas dos povos, paralelamente ao compromisso de coibir ações repressivas de direitos e proteger recursos pertencentes ao coletivo social, tal qual a preservação do meio-ambiente.

1.3 Dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988

Desde a sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 impulsionou um movimento de proteção e incorporação dos Direitos Humanos. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “São eles universais – pertencem a todos os homens, em consequência estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo” (2016, p.41).

A nomenclatura “Constituição Cidadã”, conferida ao texto normativo, advém do seu teor garantista axiomático dos direitos fundamentais, ao passo em que positiva a proteção dos Direitos Humanos e os elenca no mais alto *status* normativo do país. Impulsionada por um cenário mundial de grande repercussão dos Direitos Humanos, pautado pelo fim da Ditadura Militar no Brasil, e na assinatura de tratados internacionais, tais como a Declaração Universal dos

Direitos Humanos da ONU (1948), a Constituição promove o engrandecimento das garantias fundamentais e evidenciam seu caráter inerente na proteção do mínimo existencial e da valoração dos princípios constitucionais, elencando-os em seu rol, dos artigos 5º ao 17. Porém, é possível abstrair outros direitos e garantias fundamentais em outros dispositivos da constituição.

Manifestando a identidade garantista de direitos fundamentais, a Constituição Federal elenca meios fiscalizatórios de assegurar a correta apreciação dessas prerrogativas. A complexidade e abrangência desse rol de direitos a serem garantidos implica na necessidade de proteção judicial. O Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Suprema da Federação, possui a prerrogativa de avaliar e valorar os direitos e garantias individuais e coletivos e suas aplicações nos casos fáticos. Muitas das vezes, é compelida à Corte a análise comparativa entre dois ou mais direitos, os quais, seja de forma aparente ou implícita, acabam por se contraporem. Momento no qual deve se valer dos princípios de direito, em especial o da proporcionalidade, a fim de propiciar balizas interpretativas de necessidade e adequação de acordo com a complexidade fática. Como versa Paulo Bonavides:

[...]Dispõe, ainda, a Constituição sobre as bases de organização do Poder Judiciário, institui o recurso extraordinário, seu cabimento e julgamento no âmbito da competência do STF (art. 102, III, a, b e c) bem como rodeia o processo das necessárias garantias constitucionais. É de assinalar que, com a 'publicização' do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional (2020, p.45).

Como órgão máximo do sistema judiciário brasileiro e guardião dos preceitos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal possui a prerrogativa de observância dos princípios e direitos constitucionais em seus julgamentos. Com vistas a assegurar juridicamente as decisões tomadas pelo magistrado, a utilização de princípios de direito se faz imprescindível, dentre estes o princípio da proporcionalidade, objeto de estudo desse artigo, se mostra amplamente utilizado para proporcionar a mais precisa isonomia e adequação do julgamento perante a realidade fática individual de cada caso.

2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O teor principiológico da proporcionalidade, em seu caráter assecuratório dos Direitos Humanos, argui estreita relação com a evolução ideológica do final do período da Segunda Guerra Mundial. Em um momento de evidente fragilização dos direitos fundamentais no contexto alemão, surge esse como um eficiente balizador constitucional.

A proporcionalidade e seus três subprincípios fora adotada por juristas das mais diversas nacionalidades. A verificação tripartite desse princípio corrobora na estruturação de decisões jurisprudenciais as quais preceituam a tutela de direitos fundamentais convergentes.

2.1 Do conceito e precedentes históricos: evolução histórica do princípio da proporcionalidade

O axioma principiológico da proporcionalidade é extremamente arcaico, se destrincha do pensamento ideológico de adequação dos meios. Relativamente novo, porém, se apresenta a proporcionalidade enquanto ideal constitucional e sua aplicação na garantia do Estado Democrático de Direito.

Com origens que remontam ao período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, sob um cerne deliberadamente abalado dos Direitos do Homem, floresce na doutrina alemã os primeiros conceitos da proporcionalidade a qual se refere o texto constitucional pátrio. Inicialmente voltado para a seara penal, o princípio da proporcionalidade solidificava a ideia da necessidade de uma cominação legal proporcional à gravidade do delito cometido.

Constitucionalizado em resposta à insegurança ideológica deixada pelo regime nazista, momento pelo qual o Estado alemão utilizava de seu poder soberano como prerrogativa para ferir os direitos fundamentais e propagar ideais eugenistas e genocidas, atentam os constitucionalistas do país a redigir o novo texto constitucional com o zelo e a cautela de impedir brechas ao surgimento de um novo regime autoritarista, uma vez propiciado por conta da Constituição de Weimar (1919). Embora a versada Constituição tenha sido aplaudida por

doutrinadores do mundo todo, como pioneira na positivação dos direitos de segunda geração, a mesma consolidou o êxito do nazismo na tomada de poder justamente pela falta de uma cláusula de barreira.

Assim como o feito na Alemanha, o artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o seguinte:

No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos (www.oas.org, 1948).

Ao consolidar em seu rol apreciativo o teor do artigo, a Declaração perfaz a necessidade da análise proporcional das medidas a serem tomadas por seus adquirentes. Porquanto não basta apenas a medida estar de acordo com a legislação vigente, prescinde essa de uma análise de necessidade e adequação para ser válida, ao passo em que aquela a qual fugir do teor proporcional, estará imediatamente declarada inconstitucional.

O controle de constitucionalidade agora não somente culmina na verificação da legalidade da medida em questão, mas vai além, a proporcionalidade do conteúdo da medida passa a ser condição de legalidade e validade do ato. Como preceitua Paulo Bonavides, em sua obra Curso de Direito Constitucional:

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça. Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional. (Bonavides, 2011, p. 399)

2.2 Dos subprincípios da proporcionalidade

Versada a importância da apreciação judicial dos direitos e garantias fundamentais, faz-se necessária a análise dos mecanismos de valoração desses direitos no plano fático pelo magistrado. O princípio da proporcionalidade surge com vistas a garantir a apreciação de direitos inerentes ao ser humano e barrar ideais intervencionistas do Estado em sua aplicação. É o axioma geral do Estado de Direito, sem o qual não se faz possível assegurar e compatibilizar a igualdade

material de maneira democrática e abrangente. Sua importância é evidenciada por José Alvim Neto, em seu artigo “Processo e Constituição”:

A capacidade de penetração do juiz, em relação à lei, aumentou, mas certamente balizada por parâmetros. Mas parece-nos legítimo dizer que, por causa do princípio da proporcionalidade, os textos constitucionais é que se “engrandeceram” dentro de um contexto mais amplo e crescente de maior significação das Constituições, de tal forma que as leis disciplinadoras de direitos fundamentais deverão de concretizar mandamentos constitucionais precisamente à luz da dimensão neles cunhada. Possivelmente, a evolução da relação entre o juiz e a lei, que constituiu em que a lei passou a “jugular” menos intensamente a atividade do juiz, deva ser vista como um ambiente e um rumo antecedentes e mesmo necessários à possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade. (Netto, 2018, p. 375)

O Princípio da Proporcionalidade ao que compele sua aplicação, deve ser utilizado sob a ótica de suas três vertentes. A aplicação de seus subprincípios consiste na análise da adequação da demanda apreciada, na necessidade da medida a ser tomada e sua interação com o caso em concreto, e a proporcionalidade em sentido estrito, a qual é interpretada pelo magistrado levando em conta a qualidade do demandante, a abrangência do direito invocado e o objeto da demanda.

2.2.1 Da Adequação

O aludido subprincípio analisa o meio a ser tomado no plano fático, realizando o diagnóstico de sua averiguação ao passo em que a medida a ser tomada representa um meio apto a realizar o esperado sob a projeção final do ato.

Amplamente utilizada nas esferas administrativa e penal, mas com aplicação evidente também no cerne constitucional, esse subprincípio muitas vezes é citado por doutrinadores como sendo o próprio axioma do princípio da proporcionalidade. A adequação (*Geeignetheit*) possui a incumbência de condicionar a medida tomada pelo Estado ao interesse público, adequando o meio ao fim o qual se depreende alcançar. Nas palavras de Bonavides:

Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado. (2016, p. 397)

Quando utilizado na seara administrativa, compreende a aplicação adequada das denominadas sanções administrativas ao plano fático. A citar

casos em que há violação de normas ambientais por empresas, como na constatação de despejo ilegal de detritos tóxicos em mananciais. A mera notificação ou advertência direcionada à pessoa jurídica seria insuficiente ao restabelecimento do *status quo ante* do equilíbrio ambiental, sendo, portanto, desproporcional.

2.2.2 Da Necessidade

O subprincípio da necessidade, concebido na doutrina alemã (*Erforderlichkeit*), condiciona o enquadramento a ser analisado aos moldes do princípio por meio da observância da não exacerbação da medida a ser tomada. Em respeito ao referido subprincípio, uma medida deve ser proporcionalmente limitada a não exceder os limites indispensáveis para sua realização. A necessidade avalia a perspectiva concretista da ação, as medidas a serem realizadas devem ser condicionadas a apreciação estrita e taxativamente ao indispensável para a concretização do fim pretendido.

Quando se estiver diante de um empasse o qual exija o balizamento de princípios ou direitos, o subprincípio da necessidade assevera que há de escolher aquele o qual irá proporcionar a menor das consequências negativas ao plano fático.

O meio empregado para se obter a conduta final almejada é o objeto de estudo da necessidade proporcional. Como afirma o doutrinador: “A medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, uma medida para ser admissível tem que ser necessária” (Bonavides, 2016, p.397).

Uma aplicação no contexto fático poderia ser exemplificada por meio da ótica penal: certo indivíduo - réu primário – praticou o furto simples (art. 155, caput, Código Penal) de uma camisa, no valor de 40 reais, crime de menor potencial ofensivo. Ao ser julgado, deve o magistrado levar em conta a realidade em questão e avaliar o caso de uma pena alternativa à privativa de liberdade, que seja adequada e suficiente à repressão da atitude do condenado, e que não extrapole os limites necessários à condenação do réu, como no caso de uma condenação a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa.

2.2.3 Da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Em última praxe, uma vez condicionadas a necessidade e a adequação no plano fático, concerne à observância da aplicação da proporcionalidade o terceiro subprincípio. Este, por sua vez, condiz com a designação axial do próprio, em sua tipificação *stricto sensu*. A aplicação desse subprincípio compele uma observância dualista por seu intérprete, seria ao mesmo tempo uma obrigação e uma interdição.

Fica condicionado o subprincípio à obrigação de concretizar a medida por meios adequados ao mesmo tempo em que elucida uma interdição quanto ao uso de meios desarrazoados para o alcance de sua finalidade. De modo que a medida excessiva ou injustificada não se equipara aos moldes da proporcionalidade, sendo, por sua própria natureza, ilegal. Nas palavras de José Alvim Netto:

Um juízo correto sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito) (2010, p.143)

O subprincípio em sentido estrito da proporcionalidade serve como parâmetro de refinamento para a estrutura tanto do texto legislativo quanto das decisões jurisprudenciais. Essa vincula os meios aos fins que se busca alcançar com determinada medida, constituindo a primazia do balizamento no controle de constitucionalidade.

3. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÉGIDE DOS JULGAMENTOS DO STF NA TUTELA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como instância máxima do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal possui a prerrogativa de assegurar a devida apreciação das garantias constitucionais, sejam elas de primeira, segunda ou terceira geração, bem como conduzir o sistema jurídico do país a um ideal isonômico e ativo, sempre evoluindo de acordo com as necessidades sociais.

A internalização do princípio da proporcionalidade no processo de aferição de precedentes da Suprema Corte compele aos julgamentos uma dimensão extra de cautela, na medida em que baliza a aplicação fática dos direitos fundamentais.

3.1 Do princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro: da dualidade proporcionalidade X razoabilidade

A adoção da proporcionalidade na qualidade de princípio constitucional no ordenamento pátrio ocorrera de modo gradual, e, embora não expressamente prevista no teor da Constituição de 1988, é inegável o reconhecimento de sua apreciação pelo texto constitucional. A proporcionalidade é abstraída em inúmeros artigos, mesmo que de forma implícita, em evidência se mostra o artigo 5º, dos direitos e deveres individuais e coletivos em seus incisos V, X e XXV.

Enquanto preceito constitucional e inerente ao controle de constitucionalidade e legalidade, a proporcionalidade é tida como condição de eficácia e validação de inúmeras medidas, em especial menção às medidas tomadas pela Suprema Corte em julgamentos de repercussão geral, objeto do presente artigo. A doutrina manifestamente referencia a importância da aplicação da proporcionalidade na seara das decisões da Corte:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial (Bonavides, 2011, p.434).

A similitude entre o teor da razoabilidade e da proporcionalidade projeta nos precedentes da Suprema Corte, por muitas vezes, a referenciação errônea dos conceitos principiológicos. O primeiro, de raízes anglo-saxônicas, concretiza um ideal evidentemente mais simplório, tanto em sua forma de análise quanto em sua “tolerância”. A germânica proporcionalidade utilizada pelos Tribunais possuem uma complexa rede de aferição e de processamento, com uma escala de sub-requisitos e um rigor axiomático, típico da tradição jurídica alemã.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro não se revela o único a proferir tal confusão principiológica. O posicionamento dos dois princípios enquanto sinônimos já fora evidenciado na Suprema Corte dos Estados Unidos, pelo uso da sistemática *substantive due process*, com conceitos como “proporcionalidade aproximada” a qual guarda mais íntimas semelhanças com a razoabilidade do que com a proporcionalidade em si.

Por inúmeras vezes, em seus julgamentos, o STF limita a apreciação da proporcionalidade em suas duas premissas iniciais: a necessidade e a adequação. Como herança dos modelos americanos, os julgadores por assimilação associam o ideal de proporcionalidade como sendo aquilo que não extrapola os limites do razoável, suprimindo o porte teleológico da proporcionalidade.

3.2 Da aplicação da proporcionalidade na ponderação de direitos fundamentais no caso em concreto

Por meio da análise dos precedentes redigidos pelo Supremo Tribunal Federal, manifesto se demonstra o uso do princípio da proporcionalidade enquanto balizador interpretativo para o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, principalmente no que concerne a proteção das dimensões dos direitos fundamentais

A proporcionalidade administrada pela Suprema Corte possui grande influência estadunidense, com a chamada *substantive due process*, ou proporcionalidade aproximada, a qual, como versada anteriormente, guarda maiores semelhanças com os preceitos da razoabilidade do que com o princípio em si. A aplicação germânica da proporcionalidade, com suas três camadas interpretativas, não é vista com tanta frequência no teor dos precedentes, porém, ao realizar uma interpretação mais detalhada dos julgados, é possível inferir sua implícita existência em meio ao teor redigido pela Corte.

Na seara penal, o julgado do tema de repercussão geral no Recurso Extraordinário de número 979.962 o qual versa acerca da legalidade da pena fixada para o crime de importação de medicamentos sem registro sanitário, artigo 273 do Código Penal, foi dedutível pela análise do julgamento a utilização do princípio enquanto mediador do direito à fixação da pena-base e da individualização da pena.

Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário. Exame de proporcionalidade da pena. Presença de repercussão geral. 1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP). 2. O Tribunal de origem afirmou que viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta

completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro.

(STF - RE: 979962 RS, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/08/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/08/2018)

Ante a análise pormenorizada do teor do julgado de repercussão geral redigido pela colenda turma da Suprema Corte, inegável a constatação do uso do princípio da proporcionalidade enquanto balizador de direitos fundamentais. Sob a ótica garantista de direitos, a fixação da pena para o crime de importação ilegal de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP) na cominação de 10 a 15 anos de reclusão seria inconstitucional, sob a violação da individualização da pena e, principalmente, diante do princípio da proporcionalidade.

A fixação da pena do crime previsto no caput do mesmo artigo (Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais) seria totalmente desproporcional na aplicação do teor do artigo 273, §1º-B do Código Penal, vez que se trata de crime de menor potencial lesivo quando comparado com o caput.

Diante da não observância do subprincípio da necessidade, o Poder Legislativo comina pena evidentemente mais grave em relação ao crime versado. O subprincípio assevera que a atuação do Estado deve sempre ser tomada sob a ótica da não exacerbação da medida, de modo a concretizar pura e simplesmente o fim que se pretende alcançar. Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, a pena cominada fere seu preceito dualista, de modo que o legislador utiliza de comparação errônea e evidentemente abstrata para a cominação de penas iguais para crimes axiomáticamente diferentes em seu modo de agir e em sua gravidade, assim como não vincula a finalidade e balizamento do tempo de pena à adequação do objetivo da mesma, a qual seria a medida propícia à repressão do fato cometido.

No que concerne ao controle judicial repressivo das medidas concebidas no âmbito do processo legislativo, a proporcionalidade salvaguarda estreita relação com o controle de constitucionalidade a ser averiguado pelo magistrado. Como assevera Bonavides:

De último, com a instauração do segundo Estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade. (2010, p.400)

O princípio da proporcionalidade corrobora para a homogeneização e o enquadramento do direito material ao direito formal, ao passo em que permeia a interpretação legislativa tomando como base as peculiaridades da realidade fática. No contexto dos julgados da Suprema Corte, a proporcionalidade confere maior abrangência do direito a ser contemplado e seu enquadramento no texto constitucional.

Com relação ao teor administrativo, o julgado de repercussão geral em sede de Recurso Extraordinário analisa a proporcionalidade enquanto ferramenta de controle de constitucionalidade da criação e contratação de cargos em comissão pela prefeitura do Município de Guarulhos.

EMENTA Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. 1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição. 2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria. 3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 4. Fixada a

seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

(STF - RE: 1041210 SP, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/09/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/05/2019)

O precedente vinculante em pauta preconiza a análise da constitucionalidade da criação e nomeação de cargos em comissão pela prefeitura de Guarulhos, ante a verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Constitui um dos cernes interpretativos para o exame de legalidade e fixação quantitativa de cargos dessa espécie na Administração Pública e em seus órgãos.

O teor do julgado estabelece as condições taxativas, ora preconizados na Constituição Federal em seu artigo 37, V, e os comina com a averiguação da aplicabilidade proporcional dos cargos em comissão, os quais são de livre nomeação e exoneração.

Pois bem, ante a arguição do princípio da proporcionalidade no caso fático, o magistrado condiciona sua aplicação à análise trifásica de seus subprincípios. A adequação ficara então submetida à compatibilidade quantitativa da criação de cargos dessa espécie com as necessidades do órgão em questão. Bem como fica preconizada a constitucionalidade da nomeação dos cargos sob a ótica de seu teor principiológico em sentido estrito, em consonância com a proporcionalidade do número de cargos comissionados a serem instituídos, e sua compatibilidade com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no quadro do ente administrativo, resguardando clareza quanto à sua necessidade atribuída na própria redação da lei que os irá instituir.

Sob a mesma égide, é oportuna a análise do precedente redigido pelo STF em seu julgamento com Tribunal Pleno, em face de Ação Direta de Constitucionalidade em matéria constitucional, tributária e processual civil. O teor do julgado analisa a proporcionalidade em relação a redação dos arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº Lei nº

13.606/2018, que possibilitam a averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros, o que torna os bens do executado indisponíveis ainda na fase pré-executória.

Direito Constitucional, tributário e processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Averbação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em órgãos de registro e indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória. 1. Ações diretas contra os arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.606/2018, que (i) possibilitam a averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis, após a conclusão do processo administrativo fiscal, mas em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal; e (ii) conferem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o poder de editar atos regulamentares. 2. Ausência de inconstitucionalidade formal. Matéria não reservada à lei complementar. Os dispositivos impugnados não cuidam de normas gerais atinentes ao crédito tributário, pois não interferem na regulamentação uniforme acerca dos elementos essenciais para a definição de crédito. Trata-se de normas procedimentais, que determinam o modo como a Fazenda Pública federal tratará o crédito tributário após a sua constituição definitiva. 3. Constitucionalidade da averbação da certidão de dívida ativa em registros de bens e direitos em fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal. A mera averbação da CDA não viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a reserva de jurisdição e o direito de propriedade. É medida proporcional que visa à proteção da boa-fé de terceiros adquirentes de bens do devedor, ao dar publicidade à existência da dívida. Além disso, concretiza o comando contido no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional, que presume “fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”. Tal presunção legal é absoluta, podendo ser afastada apenas “na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita”. 4. Inconstitucionalidade material da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa. A indisponibilidade tem por objetivo impedir a dilapidação patrimonial pelo devedor. Todavia, tal como prevista, não passa no teste de proporcionalidade, pois há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir a mesma finalidade, como, por exemplo, o ajuizamento de cautelar fiscal. A indisponibilidade deve respeitar a reserva de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, por se tratar de forte intervenção no direito de propriedade. 5. Procedência parcial dos pedidos, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê “tornando-os indisponíveis”, e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018.

(STF - ADI: 5886 DF 0065197-80.2018.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/04/2021)

Pela leitura do acórdão depreende-se a averiguação da proporcionalidade sob o aspecto formal e material pela Corte. Vez que o teor dos artigos em análise

atende ao exame de controle de constitucionalidade quanto à sua estrutura formal, já que a redação normativa, no tocante ao direito fundamental do devido processo legal, preconiza que o Poder Judiciário deve dispor, para aqueles os quais o utilizam, os devidos meios para alcançar seu direito pretendido.

Porém, sob o aspecto material - e aqui se observa sob a égide fática e a análise concreta da lide – o meio redigido no inciso II do §3º do artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002 a citar: “tornando-os indisponíveis” (2002), feriria a proporcionalidade na medida em que não é meio adequado ao alcance da finalidade que se almeja (proteção do direito do credor), haja vista que outros meios menos gravosos ao devedor são capazes – e esses sim, necessários – à garantia do devido processo legal, sem esbarrar nas demais garantias do devedor, tais quais o contraditório e a ampla defesa. Nas palavras de Humberto Ávila:

Como se vê, aplicabilidade do postulado da proporcionalidade depende de uma relação de causalidade entre meio e fim. Se assim é, sua força estruturadora reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público. (2018, pp. 207, 208)

Em sede de exame sujeito ao controle de constitucionalidade, a matéria fora conduzida sob a expressa aplicação dos subprincípios da proporcionalidade, o teor do julgado disserta o verdadeiro exame da adequação e necessidade da medida ao discutir acerca dos aspectos da condição fática sob a ótica formal e material, concluindo pela não aceitação de sua proporcionalidade no que se refere à parte final do inciso II do §3º do art. 20 – B, concebendo o veredito de procedência parcial do pedido, e julgando constitucionais o conteúdo dos demais incisos do mesmo artigo.

CONCLUSÃO

A caracterização, o procedimento e o uso do princípio da proporcionalidade são de suma importância para o controle de constitucionalidade nos sistemas Judiciário, Legislativo e Executivo brasileiro. A compreensão das balizas incorporadas no âmbito da proteção dos direitos

fundamentais confere à análise da Suprema Corte brasileira o cerne interpretativo imprescindível à fundamentação de seus precedentes.

Sendo corretamente integrados, os subprincípios da proporcionalidade constituem uma blindagem assecuratória da interpretação fática frente ao texto constitucional, na medida em que possibilitam a relativização de direitos positivados com aparente divergência teleológica.

O Princípio da Proporcionalidade logra êxito no que concerne à sua aplicação quando observadas suas 3 vertentes. A aplicação por etapas consiste na análise da necessidade da apreciação judicial da demanda, na adequação do direito pretendido com o caso em concreto, e a proporcionalidade em sentido estrito, que compele a análise pormenorizada do magistrado na compatibilização e a utilização de contrapesos para proporcionar o melhor veredito possível levando em conta a qualidade do demandante, a abrangência do direito invocado e o objeto da demanda. No que concerne aos direitos fundamentais, a aplicação do princípio implica na garantia de uma apreciação judicial pertinente, sempre levando em conta o caso em concreto e a maior abrangência das garantias constitucionais para a proteção dos Direitos Humanos.

O modelo germânico de aplicação do princípio da proporcionalidade confere à construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal o policiamento de atos do Poder Público sob uma égide evidentemente garantista de direitos, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais. Traduzido etimologicamente, a palavra “proporcionalidade” consiste no próprio axioma do Direito, posto que a concepção originária do Direito pressupõe a harmonia e homogeneidade da realidade fática com sua integração ao direito material e formal, ante a interpretação de seus operadores.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (OAS). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25/01/2025.

BRASIL. Lei Nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 25/01/2025.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

NETTO, José Manoel Arruda. **O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea** – análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. Revista de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Revista Jurídica Eletrônica, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, edição nº 1, dez. 2017/jan. 2018.

SANTOS, José Afonso dos. **O princípio da proporcionalidade e seus reflexos no direito constitucional brasileiro**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 10, n. 2, p. 35-56, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109783/mod_resource/content/0/SILVA%2C%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20proporcional%20e%20o%20razo%C3%A1vel.pdf. Acesso em: 16 dez. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2020. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109783/mod_resource/content/0/SILVA%2C%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20proporcional%20e%20o%20razo%C3%A1vel.pdf. Acesso em: 17 dez. 2024.

STF - **ADI: 5886 DF 0065197-80.2018.1.00.0000**, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/04/2021

STF - **RE: 1041210 SP**, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/09/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/05/2019

STF - **RE: 979962 RS**, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/08/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/08/2018