

**PREMISSAS FUNDAMENTAIS PARA O CORRETO USO DA
PROPORCIONALIDADE NO DIREITO**

Georges Abboud

Resumo: O presente artigo tem por objetivo lançar as premissas fundamentais para o correto uso da proporcionalidade no Direito. Desse modo, refutar-se-ão dois entendimentos contidos na doutrina e na jurisprudência acerca da utilização da proporcionalidade. O primeiro é o equivocado uso da proporcionalidade como fundamento normativo de uma suposta primazia do interesse público sobre direito fundamentais do particular. O segundo ponto consiste na impossibilidade de utilização da proporcionalidade como solução mágica para casos difíceis. Isso porque sua utilização no caso concreto deve ser com a finalidade de evitar proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou então para combater a proteção deficiente de algum direito fundamental (*Untermassverbot*).

Palavras-chaves: direito fundamental, proporcionalidade, interesse público, proibição de excesso, proteção deficiente

Fundamental Premises for the Correct Legal Use of Proportionality

Abstract: This article aims to lay the fundamental premises for the correct use of proportionality in Law. Thus, it will refute two understandings contained in the doctrine and jurisprudence on the use of proportionality. The first one, is the mistaken use of proportionality as normative ground of a supposed public interest primacy over the private's fundamental rights. The second one is the impossibility of using the proportionality as a magical solution to hard cases. This is because its use in specific cases must aim to avoid the prohibition of excess (*Übermassverbot*) or to oppose the low protection of any fundamental right (*Untermassverbot*).

Keywords: fundamental right, proportionality, public interest, prohibition of excess, deficient protection

Introdução

Neste artigo, faremos breve exposição de quais são as premissas básicas para se fazer o correto uso da proporcionalidade no Brasil.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Para atingirmos tal desiderato, enfrentaremos duas questões fundamentais que povoam o imaginário de nossa doutrina e condicionam a constante prática de nossos Tribunais.

A primeira delas é imaginar que a proporcionalidade pode, em pleno Estado Constitucional, constituir parâmetro normativo para justificar o mito da supremacia do interesse público sobre direito fundamental.

A segunda questão a ser rebatida é que no âmbito jurídico (decisional + expositivo argumentativo) a proporcionalidade não pode ser utilizada como solução mágica para solucionar casos difíceis, vale dizer a proporcionalidade não pode ser a muleta do Judiciário para legitimar o alcance de qualquer tipo de discricionariedade na solução do caso concreto.¹

Todavia, antes de iniciarmos os enfrentamentos desses dois pontos, faz-se necessário, elucidar, ainda que de forma sucinta o modelo teórico que embasa as questões teóricas que criticaremos.

Atualmente, conforme ensina Lenio Streck, no Brasil, em virtude de má- interpretação e utilização do neokantismo valorativo, de modo que nossa doutrina e jurisprudência optaram por consagrar com *status* de princípio jurídico uma infinidade de valores, o que criou o perigoso fenômeno do *panprincipiologismo*.²

Assim, leciona Lenio Streck que o Estado Democrático de Direito passou a ser considerado a *pedra filosofal da legitimidade principiológica*, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto fossem necessários para resolver os chamados casos difíceis.³

Nessa perspectiva, o *panprincipiologismo* debilita a autonomia do direito e recrudescer a insegurança jurídica. Ocorre que esse fenômeno não se limita, tão

¹ Para uma concepção pós-positivista da sentença, ver: Georges ABOUD. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, 11.ª ed., São Paulo: RT, 2011, n. 1.7, p. 73-77.

² Lenio Luiz STRECK. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, n. 5.1, p. 517 *et seq.*

³ Lenio Luiz STRECK. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, cit., n. 5.1, p. 518.

Para análise crítica de Lenio STRECK sobre diversos princípios, equivocadamente, criados conferir: Lenio Luiz Streck. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, cit., n. 5.1, p. 519 *et seq.*

somente, a criar sem qualquer amparo histórico, normativo e doutrinário uma infinidade de princípios, ele também se caracteriza pela utilização indiscriminada da proporcionalidade, transformando-a na mágica solução necessária para o deslinde de qualquer caso jurídico ou então como instrumento para justificar a vetusta tese da supremacia do interesse público sobre direitos fundamentais do particular. Sobre esses dois pontos passaremos a discorrer.

1. A impossibilidade de se utilizar a proporcionalidade como justificativa normativa para assegurar a supremacia do interesse público sobre direitos fundamentais

2.

Ao contrário do que preconiza grande parcela da doutrina administrativista,⁴ a condição de existência e legitimidade do Estado Constitucional, passa necessariamente pela submissão do interesse público aos direitos fundamentais. Tal submissão deve ocorrer, justamente, porque os direitos fundamentais possuem natureza constitucional e, não são meros interesses privados, ficando desse modo, vedada toda restrição a eles com justificativa no interesse público.

Vale dizer, nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso se obtém que tão logo uma liberdade constitucional seja restringida, é também afetada a coletividade.⁵

Em sentido diverso, o insigne jurista Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”.⁶

⁴ Sobre esse ponto, já tivemos a oportunidade de expor nosso ponto de vista refutando tese de que haveria *prima facie* uma supremacia do interesse público sobre o particular. Cf. Georges ABBOUD. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado. In: *Revista dos Tribunais*, n. 907, 2011, p. 61 *et seq.*

⁵ Peter HÄBERLE. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, n. 1, pp. 23/24.

⁶ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 26.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009, Cap. II, n. I, p. 96.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A conclusão supramencionada apresenta diversos riscos para o particular, no mínimo, deve-se destacar que a expressão interesse privado não pode, em hipótese alguma, englobar o termo direitos fundamentais do particular.

Conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar mais detidamente,⁷ os direitos fundamentais constituem conquista histórica da sociedade oriunda do desenvolvimento do próprio constitucionalismo.

Assim, a não observância dos direitos fundamentais caracterizaria, verdadeiramente, retrocesso no próprio processo civilizador de cada sociedade.⁸ Dessa maneira, não é a simples alegação de supremacia do interesse público sobre o privado que constitui a base do Estado Constitucional.⁹ Pelo contrário, é justamente a obrigatoriedade de se resguardar os direitos fundamentais que caracteriza a existência do Estado Constitucional.

A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público constitui a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional. Os direitos fundamentais, na linguagem de DWORKIN, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Além de caracterizar limitação contra o próprio governo, a intangibilidade dos direitos fundamentais que permite a proteção do particular contra eventuais maiorias.¹⁰

A obra de DWORKIN é essencialmente esclarecedora no que tange à demonstração da indevida inversão que muitos setores da doutrina fazem ao preconizar a supremacia do interesse público sobre os direitos individuais, muitas vezes por meio da utilização da proporcionalidade.¹¹

⁷ Georges ABOUD. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, cit., n. 5.4.2, p. 342; Georges ABOUD. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado, cit., n. 4.4.2, p. 91-94.

⁸ Georges ABOUD. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado, cit., n. 4.4.2, p. 91.

⁹ Ver: Georges ABOUD. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, cit., n.3.6.2.4, p. 274-277 e n. 3.6.2.5, p. 277-280.

No sentido que discordamos: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, cit., Cap. II, n. I, p. 96 *et seq.*

¹⁰ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, 3.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, n. 7, p. 294.

¹¹ No sentido que criticamos – Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que o interesse público protege os direitos fundamentais. A citada jurista assevera que a ponderação e razoabilidade seriam técnicas que permitiriam que prevalecesse a supremacia do interesse público sem prejudicar os direitos fundamentais.

2. A proporcionalidade no caso concreto, sua utilização mediante a *Übermassverbot* e a *Untermassverbot*

Em estudo dedicado à questão,¹² já tivemos a oportunidade de salientar que no Estado Constitucional, somente pode haver restrição a direito fundamental quando preenchido rol de requisitos: a) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; b) a restrição deve atender ao interesse social, e não pode se fundamentar na preservação do interesse público; c) a restrição deve estar exaustivamente fundamentada; d) o ato do Poder Público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Judiciário; e) a restrição a direito fundamental deve ser proporcional nos termos da *Übermassverbot* e a *Untermassverbot*.

Para os fins do presente estudo, o que interessa é a correta aplicação da proporcionalidade como fundamento normativo das decisões judiciais e da atuação do Poder Público.

Perante a perspectiva adotada, toda restrição a algum direito fundamental, precisa ser proporcional. Nessa perspectiva, a doutrina suíça elenca basicamente três requisitos que devem estar preenchidos para ser considerada constitucional a restrição a direito fundamental, que podem ser resumidos na adequação do meio utilizado para assegurar a concretização do fim perseguido e a obrigatoriedade de justificar a preservação de interesse público e não interesse meramente privado, o que não quer dizer que seja possível a supressão de direito fundamental com base na primazia do interesse público.¹³

Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Carlos Vinícius Alves RIBEIRO (org.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2010, n. 7.3, pp. 99/100.

¹² Georges ABOUD. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado, cit., n. 6, p. 104-112.

¹³ Os requisitos elencados pela doutrina suíça para o ato ser considerado proporcional, são basicamente três:

“The threefold proportionality test of the Federal Court requires:

(1) that the regulatory measure is *adequate* to attain the goal pursued by public interest;

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Do ponto de vista jurídico, discordamos da aplicação da proporcionalidade como simples juízo de ponderação que permite ao Judiciário proferir decisões discricionárias. Pelo contrário, entendemos que a proporcionalidade aplica-se a partir de uma bipartição: proibição de proteção deficiente [*Untermassverbot*], e a proibição de excesso [*Übermassverbot*].

Com fundamento em Lenio Streck é possível afirmar que a proporcionalidade deve estar sempre presente em todo ato decisório judicial. A proporcionalidade pode manifestar-se de dois modos, ou a lei e a sentença são contrárias à Constituição porque o Estado se excedeu o que caracterizará a *Übermassverbot* ou então porque a lei e a própria decisão protegeu de forma insuficiente determinado direito ou bem jurídico, nessa hipótese será aplicada a *Untermassverbot*.¹⁴

Nessa perspectiva, a proporcionalidade deve ser utilizada como parâmetro normativo para assegurar a preservação dos direitos fundamentais e a isonomia entre os jurisdicionados, seja contendo os excessos do Poder Público *Übermassverbot*, seja em virtude da omissão (total ou parcial) do mesmo Poder que

(2) that a regulatory measure be suppressed if *milder means to attain the goal pursued are available*; and
(3) that the public interest is *necessary to prevail over the private interest*". Thomas FLEINER; Alexandre MISIC e Nicole TÖPPERWIEN. *Swiss Constitutional Law*, Berne: Kluwer Law International, 2005., n. 568/569, p. 181.

¹⁴ A aplicação a ser dada ao princípio da proporcionalidade que ora adotamos, é justamente a sugerida por Lenio Luiz STRECK:

"A proporcionalidade deve estar presente, em princípio (e veja-se a ambiguidade da expressão), em toda *applicatio*. Ou seja, qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do direito penal; o prazo fixado para prisão preventiva não pode ser desproporcional; uma lei não pode ser "de ocasião" ou de "conveniência", etc. Isolado, o enunciado "proporcionalidade" ou "princípio da proporcionalidade" carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*. Não há um *locus privilegiado* para a aplicação da "devida/necessária proporcionalidade". Necessariamente ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade. Veja-se, desse modo, como se torna irrelevante epitetar a exigência de proporcionalidade como princípio ou não. Mas, atenção: o sentido da desproporção – seja negativo (*Übermassverbot*) ou positivo (*Untermassverbot*) – somente poderá ser dado mediante a obediência da integridade do direito. Não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, *ad hoc*, exsurgirá a (des)proporcionalidade. Isso implica afirmar que o "princípio da proporcionalidade" não é instrumento para decisionismos. Alguma regra do sistema restará adequada à concreta normatividade ou a regra estará nulificada, conforme os vários exemplos tratados no decorrer destas reflexões". Lenio Luiz STRECK. *Verdade e Consenso*, cit., *pós-facio*, 5.2.4.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

tenha deixado sem resguardo direito fundamental do cidadão, nesses casos aplica-se a *Untermassverbot*.

No que se refere à preservação de direitos fundamentais e às hipóteses em que eles podem ser restringidos, é aplicação do princípio da proporcionalidade contra proibição de excesso que dedicaremos nossos estudos. Isso porque o ato restritivo a direito fundamental, caso transgrida a proporcionalidade, em regra sua violação será em decorrência da proibição de excesso.

A restrição a direito fundamental deve, necessariamente, observar o princípio da proibição de excesso [*Übermassverbot*]. Esse princípio também é identificado com o princípio da proporcionalidade em sentido lato, sua existência é ínsita ao Estado Constitucional.

A principal função do princípio da proibição de excesso consiste em possibilitar o controle da atuação dos poderes públicos no Estado Constitucional, assumindo, mormente no que se refere aos direitos fundamentais o papel de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual.¹⁵

A obrigatoriedade de a restrição estar presente no texto constitucional também consta na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em seu artigo 52, destacando que a restrição sempre deverá ser proporcional e necessária a fim de preservar interesse geral reconhecido pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.¹⁶

Para a doutrina, esse princípio comporta subdivisão em três elementos ou subprincípios: idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Na sua atribuição mais comum, o princípio da idoneidade consiste em que as

¹⁵ Jorge REIS NOVAIS. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, II n. 1.3, p. 161 *et seq.*

¹⁶ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em seu artigo 52 estabelece: “1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”. Cf. António Goucha SOARES. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, anexo, p. 109.

medidas restritivas em causa, sejam aptas a realizar o fim visado com a restrição ou contribuam para alcançá-lo; o princípio da necessidade preconiza que de todos os meios idôneos disponíveis e igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, se deve escolher o meio que produza efeitos menos restritivos; por sua vez, o princípio da proporcionalidade diz respeito à justa medida ou a relação de adequação entre os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela almejado.¹⁷

Destarte, toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente, precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito, restando vedada a utilização da proporcionalidade como fundamento normativo para solução de *hard cases* sob a justificativa de que existiria colisão de direitos fundamentais, e não haveria solução legal que pudesse solucionar o caso mediante subsunção.

Conclusões principais

- 1.** No âmbito jurídico (decisional + expositivo argumentativo) a proporcionalidade não pode ser utilizada como solução mágica para solucionar casos difíceis, vale dizer a proporcionalidade não pode ser a muleta do Judiciário para legitimar o alcance de qualquer tipo de discricionariedade na solução do caso concreto.
- 2.** A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público constitui a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional. Os direitos fundamentais, na linguagem de DWORKIN, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Além de caracterizar limitação contra o próprio governo, a intangibilidade dos direitos fundamentais que permite a proteção do particular contra eventuais maiorias.

¹⁷ Jorge REIS NOVAIS. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, cit., II n. 1.3, pp. 161/163.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

3. A proporcionalidade deve ser utilizada como parâmetro normativo para assegurar a preservação dos direitos fundamentais e a isonomia entre os jurisdicionados, seja contendo os excessos do Poder Público *Übermassverbot*, seja em virtude da omissão (total ou parcial) do mesmo Poder que tenha deixado sem resguardo direito fundamental do cidadão, nesses casos aplica-se a *Untermassverbot*.

4. Destarte, toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente, precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito, restando vedada a utilização da proporcionalidade como fundamento normativo para solução de *hard cases* sob a justificativa de que existiria colisão de direitos fundamentais, e não haveria solução legal que pudesse solucionar o caso mediante subsunção.

Bibliografia

ABBOUD , Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado. In: *Revista dos Tribunais*, n. 907, 2011, p. 61 *et seq.*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 26.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Carlos Vinícius Alves RIBEIRO (org.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN , Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, 3.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

FLEINER , Thomas; MISIC , Alexandre e TÖPPERWIEN , Nicole. *Swiss Constitutional Law*, Berne: Kluwer Law International, 2005.

HÄBERLE , Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003.

REIS NOVAIS , Jorge. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SOARES, António Goucha. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

STRECK , Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011.