

Apontamentos sobre o Postulado da Proporcionalidade

Mariano Henrique Maurício de Campos*

Sumário: I - Introdução. II - Distinção entre princípios e regras. III - Princípio ou postulado da proporcionalidade. IV - Definição e aplicação do postulado da proporcionalidade. V - Conclusão. Referências.

I - Introdução

Ao observarmos as decisões do STF nos últimos 10 anos, percebemos o emprego crescente de que se costuma designar como “princípio da proporcionalidade”. Mas o que vem a ser esse método de aplicação do Direito (mais especificamente dos direitos fundamentais) e como justificar o seu emprego? Na busca por tal justificação é que se estrutura o presente texto. Para tanto, faz-se necessária a distinção constantemente estudada entre princípios e regras, para determinarmos se proporcionalidade é mesmo um princípio. Após, evidenciaremos o que é postulado, a aplicação propriamente dita da proporcionalidade.

II - Distinção entre princípios e regras

A discussão de que princípios não seriam espécies normativas já está um tanto ultrapassada, especialmente a partir de Dworkin (2002, p. 39), que, ao analisar as normas jurídicas, coloca os princípios ao lado das regras, de forma a integrarem as normas jurídicas, de maneira que sejam dotados de normatividade e eficácia jurídica e que sua diferenciação se proceda no modo de sua aplicação.

Desse modo, Dworkin evidencia que a forma de aplicação das regras se submeteria ao modelo do “tudo ou nada” (*all or nothing*), havendo, assim, antinomias entre as regras: uma delas será considerada inválida, para que a outra seja aplicada validamente.

Já os princípios segundo Dworkin (2002, p. 46) não fixam absolutamente sua aplicação, assim como as regras, pois eles possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão de peso ou importância -, assim, ao serem aplicados, os princípios geram antinomias, e aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa do outro. Logo, evidencia-se que não existem princípios contraditórios e sim princípios concorrentes.

A dimensão de peso (ligada a um ponderar, significando refletir, avaliar, pensar) de um princípio é analisada quando existem dois princípios colidentes em um caso concreto. Nesse passo, o princípio aplicado deve ser aquele que leva em conta a história de uma comunidade (comunidade de princípios¹). Diante de um caso concreto, deve ser aplicado, submetendo-se, desse modo, aos argumentos de princípios², conformando a integridade do Direito (o direito que respeita a integridade pretende fornecer a “resposta correta” para cada caso concreto). É tal pretensão que confere integridade ao Direito (CRUZ, 2007, p. 311).

Partindo da proposta de Dworkin, Alexy (1993) estrutura sua teoria de diferenciação entre regras e princípios também no âmbito da aplicação normativa. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção, são comandos de definição, sua aplicação não é baseada no *all or nothing* de Dworkin, mas na declaração de invalidade de uma regra quando colide com uma válida, incluindo para isso uma cláusula de exceção, e na instituição de obrigações que são absolutas (GALUPPO, 1998).

A diferença encontra-se no modo de aplicação dos princípios, já que para Alexy os princípios seriam normas *prima facie*, e a forma de resolver a tensão, quando da aplicação de dois princípios distintos a um caso, se situa no interior dos princípios analisados. Assim, os princípios seriam deveres, mandados, ou deveres de otimização aplicáveis em vários graus conforme as várias possibilidades normativas (devem-se levar em conta os outros princípios que com eles colidam) e fáticas (seu conteúdo como norma é determinado diante do caso concreto).

* Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da PUC Minas. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP/PUC Minas/ OPUR).

¹ “[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN, 1999, p. 254).

² “[...] padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Alexy assim entende que princípios são normas que estabelecem que algo deve ser, pois estão na ordem do dever-ser, realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Assim, a realização completa de um determinado princípio pode ser obstada pela realização de outro, o conteúdo definitivo de um princípio, portanto, só é fixado após o sopesamento com os princípios colidentes. Esse sopesamento é feito pela ponderação de valores entre os princípios jurídicos, como veremos adiante.

A ponderação, como posta por Alexy, diz qual dos interesses abstratamente do mesmo nível possui maior peso no caso concreto, mas isso não é absoluto, a precedência de um princípio sobre o outro é condicionada e determinada tomando-se em conta o caso concreto, podendo variar caso a caso.

No Brasil, a tendência tanto na doutrina quanto na jurisprudência é de utilizar, de maneira equivocada, a teoria da ponderação de valores de Alexy para resolver, diante de um caso concreto, as antinomias porventura existentes entre dois princípios colidentes, sem nenhum critério e sem o que ele convencionou utilizar para a resolução desses conflitos, como veremos abaixo, o postulado da proporcionalidade.

Seguindo essa linha, Ávila (2005, p. 70), ao escrever sobre a diferença entre regras e princípios, define as regras como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”, e princípios como “normas imediatamente finalísticas primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”. Para Ávila (2005, p. 71), portanto, os princípios estabelecem um fim a ser atingido, ou seja, que estabelece uma orientação prática a ser alcançada. Para ele, esse fim a ser atingido representa uma função diretiva para a determinação de uma conduta, e essa instituição dos fins é condição para estabelecer os meios que os alcancem. Assim, define meios como “condições (objetos, situações) que causem a promoção gradual do conteúdo do fim”. Dessa forma, apropriando-se de um conteúdo utilitarista, próprio da filosofia da consciência, ele estabelece correlação entre meios e fins.

III - Princípio ou postulado da proporcionalidade

Visto o que são princípios e como se diferenciam das regras, faz-se necessário, para atingir o objetivo deste artigo, definir se a proporcionalidade é um princípio ou um postulado.

Mas o que seria, pois, um postulado? Para Kant, postulado “é uma proposição teórica, porém demonstrável como tal, uma vez que inseparavelmente vinculada à lei prática, *a priori* incondicionalmente válida” (ou seja, o imperativo categórico). Kant diz que é um caso especial de proposições teóricas, em que a proposição não é demonstrável, mas dedutível transcendentemente de uma lei prática.

Nas palavras de Ávila (2001), “postulado no sentido kantiano significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento”.

Já os postulados normativos para o autor “são entendidos como condições de possibilidade do fenômeno jurídico, por isso não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito (ÁVILA, 2001).

Já que o conhecimento jurídico é revelado por condições de possibilidades presentes nos postulados normativos que determinam as normas, resta-nos saber em que medida. Pelo postulado da coerência, temos que o conhecimento da norma pressupõe o do sistema e vice-versa; pelo postulado da integridade, as normas só serão conhecidas a partir do caso concreto ou fato e sua descrição deverá ser feita com base no texto normativo; já o postulado da reflexão apresenta-nos a norma como pré-compreensão do sujeito conhecedor.

Percebemos, pois, que os postulados normativos ainda são deveres estruturais, ou seja, são aqueles que vinculam e relacionam determinados elementos para a determinação e a aplicação dos mesmos, no caso, são deveres estruturantes da aplicação das regras e dos princípios, por isso são denominados de postulados normativos aplicativos os postulados que pretendem conhecer o fenômeno jurídico.

[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados (ÁVILA, 2005).

Os postulados normativos não se enquadram, portanto, no conceito de normas (princípios ou regras), pois não são normas finalísticas, tampouco descrevem comportamentos ou são aplicados subsuntivamente, mas, sim, são eles parte do conjunto que forma o Direito no sentido de que a interpretação e a aplicação das normas dependem dos postulados normativos aplicativos.

Para definirmos se a proporcionalidade seria, pois, um postulado normativo aplicativo, necessário se faz, segundo Ávila, adotarmos alguns passos que o enquadrem nessa categoria de aplicação e interpretação de normas jurídicas. O primeiro passo é identificarmos na jurisprudência dos Tribunais Superiores a sua aplicação; o segundo é verificar os elementos utilizados para a tomada dessa decisão e como se estruturou a aplicação das normas (os elementos ordenados entre si); o terceiro passo é examinar não só as normas utilizadas para a tomada da decisão, mas também como a mesma foi fundamentada (se a decisão tomada foi adequada, necessária e proporcional) (ÁVILA, 2005).

Feitas tais considerações e após a análise de como a proporcionalidade é empregada no STF, verificaremos que, ao contrário de como é empregada como um “princípio da proporcionalidade”, é a proporcionalidade um postulado, pois não é ele aplicado de modo subsuntivo, de aplicação imediata norma-caso, tampouco pode ser ele utilizado livremente para fundamentação de uma decisão. É uma forma de interpretação e aplicação das normas que são adequadas aos casos postos. Portanto, não podemos definir a proporcionalidade como princípio jurídico, já que à mesma, como definida por Alexy, como melhor analisaremos adiante, cabe a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, mais especificamente dos princípios, quando há colisão entre os mesmos. Assim, a melhor definição para proporcionalidade é “postulado normativo aplicativo”.

IV - Definição e aplicação do postulado da proporcionalidade

Definido que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo e não um princípio jurídico, definamos, pois, o que é o “postulado da proporcionalidade” tão utilizado nas decisões do STF.

O postulado da proporcionalidade é um postulado específico³, pois é dependente de elementos e critérios determinados para sua aplicação em um caso concreto. Assim, esse postulado só pode ser aplicado em casos em que haja relação de causa entre um meio e um fim (elementos específicos) determinado pelo fato em questão.

Foi o postulado da proporcionalidade idealizado pela jurisprudência de valores revisitada pela teoria da argumentação de Alexy para diminuir a discricionariedade e a arbitrariedade do julgador no momento da aplicação de normas-princípios colidentes com determinado caso concreto. Para sua teoria da argumentação, que deve ser vista como procedimental, a proteção dos direitos fundamentais se baseia na racionalidade do “postulado da proporcionalidade” e no caráter discursivo de uma tomada de decisão.

A colisão de princípios, analisada por Alexy (1993), ocorre principalmente em uma sociedade multicultural, que é traduzida por um ordenamento jurídico plural, que abarca vários princípios, cada um com carga valorativa, fundamento e decisão política diferentes, e que, por vezes, são contrapostos.

Para Alexy, quando uma norma de direito fundamental (norma-princípio) colide com um outro princípio oposto e que também protege um direito fundamental, a aplicação do primeiro depende do seu opositor, na medida em que um deles é necessário, adequado e proporcional (postulado da proporcionalidade) para ser aplicado ao caso concreto, no qual essa colisão está presente. Essa colisão é satisfeita através do que Alexy (1993) concebe como “Lei de Colisão”. Por essa lei, através do postulado da proporcionalidade, os princípios colidentes em determinado caso concreto que visa à efetivação de direitos fundamentais devem ser ponderados, não no sentido utilitarista, que muitos autores criticam, mas no sentido de adequar aquele princípio, que, no caso concreto, significará eficácia do direito fundamental almejado em uma relação meio-fim.

Dessa forma o postulado da proporcionalidade⁴ é aplicado em situações fáticas em que haja uma relação de causalidade entre dois elementos distintos, um meio e um fim concreto (sem esses elementos, o postulado não deve ser aplicado). Assim, para examinarmos qual princípio colidente (meio) deve ser aplicado à situação, para proteger ou garantir um direito fundamental (fim), devemos

³ Expressão cunhada por Ávila para definir postulados normativos formais relacionados a elementos com espécies determinadas para o estudo de aplicação e definição de postulados da proporcionalidade.

⁴ “Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir es deducible de él” (ALEXY, 1993, p. 111-112).

proceder ao exame da adequação (o meio promove o fim?), da necessidade (dentre os meios disponíveis e adequados para promover esse fim, não há outro meio que restrinja menos os direitos fundamentais afetados?) e da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às vantagens de determinado meio?) (ÁVILA, 2005).

Analisemos, pois, cada um dos pressupostos que compõem o postulado da proporcionalidade. Para julgar se um princípio é o meio ideal para se atingir o fim perquirido em um caso concreto, primeiro deve ele ser adequado, entendendo adequação como aquele meio que seja o mais eficaz, contribua para a promoção de um fim. Essa eficácia tanto pode ser quantitativa, quanto qualitativa ou probabilística. A análise recai sobre o exame de ser o meio suficiente para alcançar a finalidade.

Para ser mesmo necessário, verificar-se-á se a existência de meios alternativos para a promoção de determinado fim diferente do meio questionado pelo caso concreto, deve-se, pois, verificar se esses meios alternativos promovem o fim e se são eles menos restritivos de direitos dos que os questionados, ou seja, verificar se existe medida alternativa menos onerosa do que aquela que foi aplicada.

Por fim, devemos analisar se é ele proporcional em sentido estrito, ou seja, se o fim almejado pelo caso concreto é tão importante que vale a restrição de um outro meio, de um outro direito fundamental.

V - Conclusão

A conclusão a que chegamos é no sentido de que existe um uso equivocado das expressões “princípio”, “postulado” e “proporcionalidade” por parte de alguns juristas e tribunais pelo país afora.

Fica reforçada aqui a tese de que muitas vezes a “proporcionalidade” é usada como fundamento para decisões complexas, mas representam a discricionariedade do julgador perante os casos difíceis. Entretanto, podemos concluir, ainda, que, não raras vezes, o uso equivocado vai partir justamente da provocação das partes em relação à fundamentação ensejadora da pretensão, sobre o que, necessariamente, devem manifestar os julgadores.

Portanto, há uma necessidade de se fazer uma *mea culpa* nesses casos de uso equivocado ou inadequado da proporcionalidade porque existem os casos de decisionismo, mas também existem os casos em que o próprio decisionismo é provocado por quem busca a tutela jurisdicional, cujas premissas também possuem uma fundamentação muitas vezes equivocada.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. revista. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica em debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p.134-142, jul. 1998.

SILVA, Luis Vírgilio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-630, 2003.