

## A PROPORCIONALIDADE EM DESENCANTO: UM PROBLEMA ACERCA DO SIGNIFICADO DE PRINCÍPIO.

PROPORTIONALITY IN DISENCHANTMENT: A PROBLEM ABOUT THE SIGNIFIED OF PRINCIPLE.

Leonam Liziero<sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo demonstrar um problema de recepção da designação de proporcionalidade como um princípio jurídico em razão da confusão semântica do uso da palavra princípio em português. Enquanto caminho metodológico, este trabalho se inicia com a contextualização do problema das recepções de teorias estrangeiras no Brasil no cenário pós-1988 e como a narrativa estabelecida pela doutrina constitucional da efetividade realiza críticas infundadas ao positivismo jurídico. Tal retórica por princípios gerou um encantamento no uso de princípios na prática dos tribunais que acabam por gerar incertezas acerca da aplicabilidade de direitos. Por fim, demonstra-se que designar a proporcionalidade, oriunda especialmente de Robert Alexy, como um princípio, causa certa confusão no receptor das ideias, o que retroalimenta o fetichismo principiológico no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proporcionalidade. Princípios jurídicos. Positivismo Jurídico

**ABSTRACT:** The article aims to demonstrate a problem of receiving the designation of proportionality as a legal principle due to the semantic confusion of the use of the word principle in Portuguese. As a methodological path, this work begins with the contextualization of the problem of receiving foreign theories in Brazil in the post-1988 scenario and how the narrative established by the constitutional doctrine of effectiveness carries out unfounded criticisms of legal positivism. Such rhetoric by principles generated an enchantment in the use of principles in the practice of courts that end up generating uncertainties about the applicability of rights. Finally, it is shown that designating proportionality, especially from Robert Alexy, as a principle, causes some confusion in the recipient of ideas, which feeds fetishism by principles in Brazil.

**KEYWORDS:** Proportionality. Legal principles. Legal Positivism.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Problemas teóricos na definição de “pós-positivismo” (e o rumo à fetichização dos princípios no Brasil...). 2. Encanto de princípios. 3. A proporcionalidade como um caso de problema de definição conceitual. 4. Considerações finais. Referências.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Theoretical problems in the definition of “post-positivism” (and the path towards fetishization of principles in Brazil ...). 2. Charm of principles. 3. Proportionality as a case of conceptual definition problem. 4. Final considerations. References

### Introdução

---

<sup>1</sup>Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ, com Pós-Doutorado em Direito pela UFRJ e Advogado.

O intuito deste breve trabalho é oferecer algumas demonstrações de problemas de recepção de um conceito de Teoria Jurídica estrangeira no Brasil após a Constituição de 1988: a máxima/princípio da proporcionalidade, muito divulgada sobretudo pelo pensamento do alemão Robert Alexy e que é amplamente utilizada pelos tribunais brasileiros como modo de justificativa em certas tomadas de decisão.

Desde a promulgação da Constituição de 1988 é possível observar no Brasil um enorme esforço de divulgação/legitimação de um movimento amplamente conhecido como “neoconstitucionalismo”. Enquanto termo altamente polissêmico, o neoconstitucionalismo pode ter diversas abordagens, em especial demonstrada em muitas publicações de autores de língua espanhola e brasileira. Ainda que haja muitas publicações e formas de se apresentar o tema, para os efeitos deste escrito se propõe duas grandes chaves de compreensão.

A primeira é o neoconstitucionalismo como um movimento de caráter sociopolítico no qual se pretende um projeto de Estado de Direito com determinados valores contemporâneos a estarem prescritos na Constituição (tais quais direitos e garantias fundamentais, eficácia em políticas públicas, divisão de poderes, laicidade, transparência, legalidade, democracia, cidadania etc).

A segunda é pensar o neoconstitucionalismo enquanto Teoria do Direito, como crítica a concepções teóricas do Século XX (como as várias manifestações do positivismo jurídico por exemplo). Neste ponto, muitas vezes o neoconstitucionalismo se confunde com uma rotulação muito difundida a partir dos anos 2000: “o pós-positivismo”. Este termo surge na literatura jurídica no Brasil geralmente como uma espécie de “movimento teórico” amplo de superação do positivismo jurídico, muitas vezes falsamente associado no Brasil a autoritarismo e legalismo.

No conjunto de autores que erroneamente são rotulados no Brasil como “pós-positivistas”, encontram-se geralmente alguns críticos conhecidos ao positivismo no Século XX, entre os quais dois que são muito citados e nem sempre tão compreendidos em seus propósitos: Ronald Dworkin e Robert Alexy. O foco deste trabalho, ao decorrer do texto, será demonstrar o problema de apropriação de um conceito deste último, muito divulgado no Brasil: a máxima (ou princípio) da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Não é meramente por serem críticos ao positivismo jurídico (cada qual em sua tradição) que autores com bases tão diferentes possam estar num mesmo “movimento teórico”. De modo breve é o que este conciso trabalho se propõe a demonstrar.

## 1 Problemas teóricos na definição de “pós-positivismo” (e o rumo à fetichização dos princípios no Brasil...)

Em um muito divulgado artigo publicado em 2003, Barroso (em coautoria com Barcellos), afirma expressamente no texto que “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”<sup>2</sup>. Esta afirmação expressa graves erros teóricos (como muitos na época de seu lançamento). A afirmação mencionada não é acompanhada de fonte referencial, a não ser uma ao final do mesmo longo parágrafo. Esta associação não é, todavia, gratuita: faz parte da narrativa estabelecida por Barroso de que a Constituição de 1988 inaugura a história constitucional e, portanto, seria necessária uma nova concepção teórica que “superasse” o positivismo jurídico.

Tal associação, em alguma medida, origina-se de um muito divulgado (e oportunista) texto de Gustav Radbruch: *Cinco minutos de filosofia do direito*. Em si, este pequeno texto conduz o leitor a erro ao expor o positivismo jurídico (como o de Kelsen, de maior alcance no Brasil) como uma suposta “teoria da obediência”, como se o positivismo jurídico se reduzisse a um positivismo ético. Além disso, um regime totalitário como o nazismo não se fundamentava em legalidade; ao contrário, eram baseados diretamente em uma ideia de juridicidade (*Rechtmäßigkeit*). O juiz do nazismo tampouco era legalista (outra associação errada ao positivismo); agia o juiz como *Volksgenosse*, um agente político do *Führer*<sup>3</sup>.

Sendo a lei (formal) uma expressão meramente parcial da soberania, o princípio da legalidade é substituído no nacional-socialismo pela ideia de *Rechtmäßigkeit*, ou seja, a juridicidade em conformidade com o *Rechtsgeist*. O nazismo na Alemanha é claramente anti-positivista. Ao contrário: o nazismo se aproxima, como fundamento, de alguma manifestação semelhante aos recursos de legitimação usados de algum modo por autores jusnaturalistas.

Ainda no artigo de 2003, Barroso e Barcellos continuam a narrativa: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, 2003, p. 31.

<sup>3</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Almedina: Lisboa, 2013, p. 155.

interpretação”<sup>4</sup>. Este trecho também carrega um erro teórico (mas que guarda coerência com todo o conjunto narrativo pensado por Luís Roberto Barroso): Dizer que o positivismo (como se fosse um só) fracassou politicamente transmite turvamente ao leitor a ideia de que o positivismo era um projeto com finalidades políticas, ou seja, que se tratava de uma teoria política do Direito. O que não se coaduna com os propósitos de obras mais divulgadas sobre o tema, em especial a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen ou *O Conceito de Direito* de Hart.

Logo na primeira página de *Teoria Pura do Direito* (na segunda edição de 1960), Kelsen deixa bem evidente o que do que se trata sua teoria: “Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik”<sup>5</sup> (É ciência do direito, não política jurídica). E no Prefácio da segunda edição de *The Concept of Law*, Hart também alumia o propósito de sua obra: “The lawyer will regard the book as an essay in analytical jurisprudence, for it is concerned with the clarification of the general framework of legal thought, rather than with the criticism of law or legal policy”<sup>6</sup>.

Uma vez a crítica o positivismo jurídico de acordo com Barroso e Barcellos não se coaduna propriamente com o propósito destas obras de maior impacto (até mesmo porque não indicam fontes destas afirmações), a definição que propõem sobre o que seria o “pós-positivismo” já parte de um entrave semiótico. Veja-se:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana<sup>7</sup>.

Esta definição não define bem o significado do que denominam de “pós-positivismo”. Há evidente indeterminação dos termos utilizados: “designação provisória e genérica”, “ideário difuso”, “valores”, “princípios e regras” (qualidades atribuídas às normas que resultam de sincretismos das ideias de Dworkin e Alexy), “aspectos da nova hermenêutica constitucional”, “teoria dos direitos fundamentais” (em parte baseada em conceitos trazidos por Alexy), “dignidade humana”. Esta definição, de modo a tentar superar o positivismo, é meramente retórica, um *gish gallop* textual.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, 2003, p. 31.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2 Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 21.

<sup>6</sup> HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. iii.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, 2003, p. 31-32.

Em outro texto, Barroso (2014, p. 269) pensa “pós-positivismo” como um marco filosófico resultante de alguma combinação entre de jusnaturalismo (tratado de modo generalizado por Barroso) e positivismo (também tratado de modo generalizado): “um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”<sup>8</sup>.

A citada passagem é referenciada com uma nota de rodapé na qual Barroso traz alguns autores como se estivessem dentro deste “movimento teórico” “pós-positivista”: Rawls, Alexy, Dworkin e Ferrajoli, como se pudessem ser rotulados em um mesmo grupo teórico. Esta rotulação é altamente problemática: Barroso não menciona justificativas para os rotular tais valores como “pós-positivistas”.

Barroso (2014, p. 269-270), em sequência, afirma de forma teoricamente errônea que o positivismo jurídico “em busca da objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça”<sup>9</sup>. Uma leitura muito superficial de um Kelsen<sup>10</sup> e Hart<sup>11</sup> (aqui evidenciados em razão da amplitude de suas ideias – inclusive para seus críticos) é suficiente para colocar em crise esta afirmação de Barroso.

Barroso faz uso do sincretismo de ideias com propósito retórico de modo a levar o leitor a “crer” (algo essencial ao se compreender Barroso não meramente como um pensador, mas um agente do Direito Constitucional pós-1988<sup>12</sup>) no “pós-positivismo”: “se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”<sup>13</sup>. Esta afirmação também não é isenta de falha teórica.

Barroso apresenta o “pós-positivismo” como uma doutrina que objetiva recuperar valores que o positivismo jurídico não negou. Barroso claramente faz uso do positivismo

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 269.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 269-270.

<sup>10</sup> Em Kelsen a noção de Estado de Direito é desvinculada de uma possível ideologia do legalismo. Em sua crítica à dualidade entre Direito e Estado, Kelsen direciona suas críticas justamente à concepção de legalidade enquanto justiça. Como teoria do conhecimento, a Teoria Pura do Direito propõe ser possível a cognição do Direito como objeto, independentemente de seu conteúdo.

<sup>11</sup> Uma leitura atenta dos Capítulos VII e IX de O Conceito de Direito também deixa evidente que a afirmação de Barroso não condiz com uma descrição correta do pensamento positivista. E, como se não fosse o suficiente, a primeira frase do Prefácio deixa evidente que o positivismo de Hart não busca afastar o Direito da Filosofia e de discussões como legitimidade e justiça: “My aim in this book has been to further the understanding of law, coercion, and morality as different but related social phenomena”. (HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. iii.).

<sup>12</sup> Conferir em LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, Fastígio e Declínio da “Revolução Judiciária” (2013-2017). *Insight Inteligência*, 79, p. 158-168, 2017

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 271.

jurídico como uma teoria da obediência (como um positivismo ético), o que é errado em sua generalização do pensamento juspositivista.

O positivismo jurídico não nega a legitimidade democrática, todavia somente em (algumas) concepções teóricas não é critério de identificação do Direito (inclusive em autores contemporâneos como Joseph Raz). Tampouco “nega” teorias da justiça; não é, porém, objeto do Direito enquanto campo de estudo. Há uma confusão evidente no pensamento de Barroso entre o Direito como objeto do conhecimento e o Direito em como ordem normativa.

Do mesmo modo, carece de solidez teórica a pretensa “reintrodução” dos valores na interpretação do Direito defendida por Barroso, como uma das qualidades do “pós-positivismo. O positivismo, como visto, não defende afastamento de valores na interpretação do Direito neste sentido dito por Barroso.

Um dos principais pontos presentes em teorias críticas ao positivismo jurídico (dentro do que Dimitri Dimoulis define por moralismo jurídico<sup>14</sup>) é um repensar da teoria das fontes em distinção entre dois tipos de normas: regras e princípios. Claramente, a qualificação do que é regra e do que é princípio variará muito. Mas a questão dos princípios é usada por Barroso como uma verdadeira panaceia.

Segundo Barroso, princípios funcionariam como uma revelação de valores presentes em determinado ordenamento jurídico (como o Brasileiro). Veja-se: “eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando diferentes partes e tensões normativas”<sup>15</sup>. Neste sentido, Barroso entende que os princípios teriam três funções basilares: “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”<sup>16</sup>.

Segundo Barroso, os princípios “contém, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir”<sup>17</sup>. É uma definição muito semelhante (e um tanto quanto influenciada<sup>18</sup>) pela definição dada por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Capítulo I de DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Teoria da validade e interpretação do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 237.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 237.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 328.

<sup>18</sup> “A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 328).

<sup>19</sup> Segundo a definição inicial de Dworkin (em *Levando os Direitos a Sério*) um princípio é “um 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”

Os princípios estão presentes na Constituição, em conformidade com o que Barroso propõe ao defini-la: um “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”<sup>20</sup>. Observa-se, nesta definição de Barroso, a admissão de valores suprapositivos (neste contexto, além ou acima do Direito positivo) que são jurídicos. Há, portanto, uma suposta juridicidade em valores que não estão na ordem jurídica. Assim, Barroso entende pela existência de um espaço jurídico além do Direito positivo.

E continua Barroso: “à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...]. A aplicação de princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*”<sup>21</sup>. A palavra *ponderação* no texto de Barroso é referenciada por uma nota de rodapé explicativa na qual Barroso deixa evidente o fundamento da resolução de colisão entre princípios em Robert Alexy.

Alexy é um dos mais reconhecidos juristas críticos ao positivismo jurídico. Tal como Dworkin, o jurista alemão concebe uma normatividade de princípios de modo distinto à das regras. Segundo Alexy, os princípios “são *mandamentos de otimização*. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas [...]. A ponderação é a forma característica da aplicação de princípios”<sup>22</sup>. Em conformidade com o que propõe Alexy, a conexão necessária entre Direito e Moral é percebida por meio de três teses: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção.

## 2. Encanto de princípios

Uma das questões mais controversas atualmente em Teoria do Direito diz respeito à concepção de que o sistema jurídico encontra em sua composição normas de natureza estática distintas: regras e princípios.

---

(DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36). Os princípios também possuiriam uma dimensão de peso, inexistente nas regras. Quando há um conflito entre princípios, o decisor “tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...*, p. 40)

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 328.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p. 329.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85.

De acordo com a narrativa da doutrina constitucional da efetividade capitaneada por Barroso, a partir da segunda metade do Século XX, houve um movimento teórico caracterizado por reintegrar o elemento *valor* na concepção formalista do direito, aproximando a moral a um sistema de direito que, conforme o positivismo no geral, com ela não se confunde (no geral, é o que Barroso genericamente rotula por “pós-positivismo”). A composição de um sistema jurídico composto por regras e princípios permitiria uma nova compreensão valorativa do direito.

Alguma celeuma se observa na confusão semântica entre estes princípios jurídicos com os chamados princípios gerais do direito. Como se a panaceia principiológica atual já não fosse complexa, para um estudante de primeiro ano do curso de Direito, em seus primeiros contatos, torna-se mais obscuro ainda compreender tais sutilezas que muitas vezes não são compreendidas por profissionais já atuantes ou mesmo por professores.

Um caso sobre como isso gera certo estranhamento inicial no estudante de primeiro ano: em *Lições Preliminares de Direito*, ainda muito recomendado como livro de Introdução ao Estudo de Direito, os *princípios gerais de direito* são descritos como enunciados lógicos que permitem o conhecimento jurídico, tal qual qualquer área do saber filosófico ou científico. Ao se referir estritamente à lógica, Reale define princípios como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional”<sup>23</sup>. Os princípios gerais do direito seriam parte do que Reale concebe por princípios monovalentes, ou seja, válidos apenas para um campo específico do conhecimento.

Os ditos *princípios* do Estado Democrático de Direito, presentes na ordem constitucional não se confundem com os “princípios gerais do direito” do positivismo. Estes últimos, oriundos do sistema positivista de discricionariedade, “não são compatíveis com a principiológica ínsita ao Estado Democrático de Direito”<sup>24</sup>. Ainda que não mencionados na Constituição, orientariam alguma conformação da legislação infraconstitucional com o texto constitucional.

Segundo Dimoulis, praticamente inexistente a designação deste termo “pós-positivista” fora do Brasil. Trata-se de uma série de deturpações de autores estrangeiros mal adaptadas no contexto brasileiro<sup>25</sup>. Veja-se como isso está nos já citados Dworkin e Alexy, cujas teorias,

---

<sup>23</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2014.

<sup>25</sup> Vide Capítulo VI de DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Teoria da validade e interpretação do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

apesar de críticas ao positivismo jurídico em sentido estrito<sup>26</sup> são consideravelmente diferentes. Não raro, no Brasil, existem escritos descuidados sobre a aplicabilidade de tais teorias no Direito brasileiro, sob o argumento da defesa de uma ordem jurídica fundada em princípios revestidos de carga axiológica.

O fascínio presente na produção acadêmica brasileiro em direito constitucional, assim como também na prática forense, segundo observa, é “uma atitude que, com destacada exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras”<sup>27</sup>. Neves, ao dissertar sobre a distorcida recepção de teorias estrangeiras no Brasil, identifica a fragilidade da reflexão jurídica no Brasil, seja na teoria do direito, seja na dogmática jurídica.

Diante deste quadro, é possível pensar em somente duas alternativas: o continuísmo desta prática jurídica frágil e inconsistente, com efeitos que se mostram nocivos e que colocam a normatividade constitucional em xeque, ou uma ruptura, com formulações teóricas consistentemente sólidas para provocar uma vicissitude na prática do direito, em especial nas decisões judiciais<sup>28</sup>.

Os princípios no Brasil, com todo a deturpação provocada pelas leituras teóricas equivocadas do “neoconstitucionalismo”, funcionam muitas vezes para os juízes e outros tomadores de decisões como coelhos retirados da cartola: em seu dever de motivação, razões políticas ou mesmo a desídia de fundamentação surgem travestidas de princípios. O fetichismo acerca da designação principiológica é evidente e certa nestes 30 anos de promulgação da Constituição de 1988.

A busca pela justiça como um sentido para o direito, como um modo adicional de superação do modelo positivista, também contribui para a fragilidade do próprio direito. Invocar princípios nas decisões, em nome de uma suposta justiça, “em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento à força normativa da Constituição”<sup>29</sup>.

A busca pela justiça nas decisões por meio de princípios, no contexto atual no Brasil, pode ser mostrar lesiva ao Estado Democrático de Direito e à Constituição. Em sua relação com

---

<sup>26</sup> Vide o Capítulo II de DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Teoria da validade e interpretação do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>27</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras constitucionais*. WFM Martins Fontes: São Paulo. 2013, p. 171.

<sup>28</sup> Vide o Capítulo IV de NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras constitucionais*. WFM Martins Fontes: São Paulo. 2013.

<sup>29</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*, cit., p. 191.

o direito, a justiça tem funções essenciais de legitimação e correção. Todavia, a justiça pode possuir um lado perverso quando suas concepções oprimem em nome da conservação de um poder dominante. Ao lado do poder dominante a justiça pode se tornar uma arma terrível de opressão, sobretudo se a certeza do direito positivo for enfraquecida pelo clamor da ordem social pela justiça. Atribuir ao direito o caráter de justo para aferir sobre sua legitimidade pode conduzir à uma tirania social. Não é demais lembrar que sob fundamentos parecidos de identificação de decisões com o sentido de justiça, ainda que com propósitos diferentes, a legalidade no Nacional-Socialismo era afastada em nome da *Rechtssigkeit*.

É uma relação paradoxal: a justiça dá sentido ao direito, mas pode destruir suas instituições; a justiça dá a correção à aplicação do direito, mas pode ser deturpada em nome de decisões individualistas baseadas em concepções de mundo próprias do agente público. Uma vez expostas tais considerações sobre o cuidado com o uso dos princípios no Brasil contemporâneo, tanto em relação à prática quanto aos desenvolvimentos teóricos, é possível uma melhor reflexão acerca da utilização e recepção do *princípio da proporcionalidade* no Brasil, especialmente derivadas das considerações formuladas por Robert Alexy.

### **3. A proporcionalidade como um caso de problema de definição conceitual**

Entre os princípios jurídicos presentes na contemporânea ordem constitucional brasileira, o da proporcionalidade busca vincular a proteção de direitos fundamentais com a atividade legiferante. Segundo a explanação de Barroso<sup>30</sup>, a origem deste princípio estaria relacionada com a garantia do devido processo legal, uma vez que a noção de proporcionalidade expressa a ideia de compatibilidade entre o meio escolhido pelo legislador e a finalidade visada pela medida normativa. A proporcionalidade, deste modo, promoveria o equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos.

Sendo o propósito do princípio da proporcionalidade colocar freios aos excessos entre meios e fins na atividade legislativa, seu descumprimento é observável de dois modos: o excesso de legislação de modo a impossibilitar o exercício de algum direito fundamental ou a falta de regulamentação, de modo a violar direitos também pela ausência.

No Estado de Democrático de Direito, o excesso de regulamentação encontra limites ao não poder violar os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. A falta

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit. p. 328.

de regulamentação por sua vez também pode gerar violação a tais direitos fundamentais. É o que se denomina por *Übermaßverbot* ou seja, a proibição do excesso e por *Untermäßverbot* a proteção deficiente<sup>31</sup>.

A inconstitucionalidade pode surgir sempre que uma lei ameaça o exercício dos direitos fundamentais em razão da desproporcionalidade entre os fins para qual foi criada e sua eficácia. É, portanto, uma “questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>32</sup>.

A elaboração legislativa, nesse sentido, possui fatores tais como: (i) os motivos; (ii) os meios e; (iii) os fins. A proporcionalidade estará presente em uma lei, assim sendo, se houver uma adequação de sentidos entre esses três fatores. E para tal, é importante a referência à Alexy, sobretudo em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, com o devido cuidado no tocante ao sopesamento. Sua má utilização em tribunais brasileiros configura um alibi para o enfraquecimento da legalidade, desdita contemporânea da prática jurídica brasileira.

A noção de princípio para Alexy (diferente para muitos autores) envolve a caracterização de normas que podem ser ou não satisfeitas em diferentes graus. Esta satisfação dependerá de circunstâncias da concretude do caso que exige decisão, bem como pela colisão provável de normas que ali existirão. Por serem razões *prima facie*, os princípios também se caracterizam por sua indeterminação.

Uma vez com esta indeterminação inerentes a eles, os princípios dependem de atribuição de diferentes pesos em um mesmo caso. Abstratamente, nenhum princípio colide com outro. Deste modo, conforme Alexy “o que ocorre é que um os princípios têm precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta”<sup>33</sup>.

A proporcionalidade, neste raciocínio, não seria *este tipo de princípio*: a tradução em português de Alexy a denomina como uma máxima<sup>34</sup>. O termo em alemão é *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Embora literalmente possa ser traduzido por princípio da proporcionalidade, a proporcionalidade não é um princípio no sentido da noção de princípio jurídico (*Rechtssprinzip*) na teoria de Alexy<sup>35</sup>. Razão pela qual será tratada aqui a

---

<sup>31</sup> Conferir em STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermannverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v.80, pp. 303-345, 2004.

<sup>32</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 384.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 117.

<sup>35</sup> Neste exato sentido, explica Ávila: “O chamado princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas - como adiante esclarecido - num postulado normativo aplicativo. A partir dessa constatação ficará claro porque a tentativa de explicação do seu fundamento jurídico-positivo de validade tem sido tão incongruente: é que ele não pode ser deduzido ou induzido de um ou mais textos normativos, antes resulta, por implicação lógica, da estrutura

proporcionalidade e suas três subdivisões como *máximas*, uma vez que diferentemente dos princípios, não podem ser sopesadas.

A proporcionalidade, com suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), é uma decorrência lógica da natureza dos princípios, mandamentos de otimização na concepção de Alexy<sup>36</sup>. Deste modo, a proporcionalidade é uma estrutura lógica do raciocínio jurídico em si, mais se aproximando aquela noção de princípio geral do direito do que destes princípios com carga axiológica. A confusão semântica se repete neste ponto.

Das três máximas parciais, a adequação e a necessidade são decorrentes dos princípios enquanto mandamentos de otimização das possibilidades fáticas. Por sua vez, a terceira máxima parcial, a proporcionalidade em sentido estrito, decorre da natureza de princípios enquanto mandamentos de otimização das possibilidades jurídicas.

Na atividade legiferante do Estado é possível se verificar os impactos do excesso de regulamentação (*Übermaßverbot*) ou ainda a ausência desta regulamentação (*Untermaßverbot*). É possível, por meio da utilização das máximas parciais da proporcionalidade, verificar se há violação a direitos fundamentais.

A adequação trata de verificar se há conformidade adequada entre os meios e os fins da regulamentação, de modo a ser uma possível restrição ser proporcional à finalidade adequada pela medida legislativa. A intervenção jurígena do Poder Público se mostrará indevida se, na ineficácia de se otimizar um princípio, houver o empecilho na realização de outro princípio. Os meios inadequados, deste modo, devem ser eliminados pelo crivo da adequação.

Por sua vez, a necessidade enquanto máxima determina que entre os meios regulamentares que sejam adequados para a realização da finalidade, deve ser escolhida a medida menos restritiva possível. Assim, além de adequada, a restrição deve ser a menos onerosa aos cidadãos.

A proporcionalidade em sentido estrito verifica a colisão entre uma norma direito fundamental com caráter de princípio e um princípio antagônico. Deste modo, faz-se necessário o sopesamento por meio da lei de colisão<sup>37</sup>.

---

das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição brasileira e da própria atributividade do Direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis” (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, 2015, p. 151-179, 1999, p. 153).

<sup>36</sup>ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, p. 11-29, 2011, p. 13.

<sup>37</sup>ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*, cit., p. 117.

Em um aspecto interno, a proporcionalidade está contida no texto legal, uma vez que deve haver uma razoabilidade técnica para a medida pretendida. Uma desproporcionalidade na medida legislativa neste aspecto interno seria, conforme o exemplo trazido por Barroso, uma lei que proibisse o consumo de bebidas alcóolicas durante o carnaval para evitar que os cidadãos se contaminem com o vírus HIV<sup>38</sup>. Neste caso, há uma ruptura entre o meio e o fim, uma vez que o consumo de bebidas alcóolicas no carnaval pelos cidadãos não influencia na propagação da AIDS.

De forma externa, a medida legislativa precisa estar adequada aos meios e fins permitidos pela Constituição. Uma lei que proíba migrações para as grandes cidades com a finalidade de reduzir futuras demandas por habitações e outros gastos urbanos, motivada pela má qualidade de vida em tais ambientes, é um exemplo claro de violação da máxima da proporcionalidade. Neste mesmo exemplo, ainda que exista certa relação entre o fim e o meio, são fatores inconstitucionais pois afronta a igualdade entre brasileiros e o direito de locomoção.

Esse tipo de violação à Constituição por meio de legislação se relaciona com a restrição a direitos fundamentais. Ela pode se manifestar por exemplo quando a lei for incongruente ou quando não houver razoabilidade entre os meios e os fins. A inconstitucionalidade se manifestará em ofensa a este princípio quando houver uma constatação de que outra medida menos lesiva a direitos fundamentais pudesse ser tomada.

O excesso que caracteriza a inconstitucionalidade é a desproporcionalidade entre o que se pretende alcançar com a norma e o quão de direitos podem ser restringidos para tal. A principal finalidade da proibição do excesso é permitir a atuação dos outros poderes para um mais efetivo controle e garantia dos direitos. Como determina o subprincípio da adequação, as medidas restritivas devem se mostrar aptas às finalidades pretendidas. A restrição deve ser justificada para ser constitucional.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade reza que se deve procurar sempre a medida menos lesiva para alcançar o fim desejado. A medida, portanto, não pode exceder os limites da finalidade para qual é direcionada.

Outro caso de inconstitucionalidade gerada pela inobservância deste princípio é fornecido por Barroso<sup>39</sup>: a interdição das atividades em uma fábrica que provoca danos ao meio ambiente quando for possível minimizar tais danos com a instalação de filtros. Se era possível a medida menos danosa (a exigência de filtros), o poder público comete um excesso de

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 282.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 282.

proibição ao determinar o encerramento das atividades, gerando consequências econômicas para os donos e para os empregados.

O Supremo Tribunal Federal tem alguns casos de menção à máxima da proporcionalidade para salvaguarda de direitos fundamentais na ADI – MC 855 (1993). Neste caso, houve o questionamento da constitucionalidade da Lei Estadual nº 10.258/93 do Paraná que obrigava a pesagem dos cilindros e botijões de gás na frente dos consumidores. Segundo a lei, para entregar gás em domicílio, os estabelecimentos deveriam portar uma balança apropriada, além de ressarcimento ao consumidor caso houvesse diferença no peso do conteúdo com a embalagem. O STF entendeu que houve violação ao princípio da proporcionalidade devido à demonstração do INMETRO que era impraticável a exigência legislativa.

A proporcionalidade pode também ser violada se o Estado for omissivo em garantia a proteção suficiente (*Untermaßverbot*)<sup>40</sup>. O Estado neste caso não realiza um objetivo ao qual é obrigado constitucionalmente. Caso emblemático desta inconstitucionalidade está contido no Recurso Extraordinário 418.376 de 2007. Nele o STF decidiu sobre a extinção de punibilidade de um homem que engravidou a tutelada de 12 anos e que pedia o reconhecimento de união estável com ela<sup>41</sup>.

#### 4. Considerações finais

Conforme o artigo buscou demonstrar, a proporcionalidade não deve ser compreendida como um princípio jurídico no sentido de expressão de valor ou significado semelhante. Em um esforço de contextualização e localização de uma teoria estrangeira no Brasil, como a de Robert Alexy em questão, é preciso pensar em formas de compreender tais propostas teóricas sem recair no enorme subjetivismo judicial obscuro atrás de uma capa de princípios.

Embora a retórica acerca de princípios pareça atraente no Brasil, sobretudo conforme a narrativa da doutrina da efetividade de Barroso, há um enorme perigo no enfraquecimento da (já pouca) normatividade do texto constitucional de 1988. A adaptação sincrética de teorias acaba por gerar um cenário confuso de aplicabilidade de determinados conceitos.

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 228.

Assim como Suzy Bannion, protagonista do clássico de terror de Dario Argento, *Suspíria* (1977), que em meio a um cenário de exaltação da beleza, puxa a cortina para revelar horrenda figura por trás do encanto, a retórica do fascínio principialista acoberta violações possíveis a direitos fundamentais por parte de concepções subjetivistas de juízes (no sentido que Marcelo Neves denomina por Juiz Hidra). Um caso contemporâneo de grande repercussão nacional foi justamente a posição adotada pelo STF acerca da presunção de inocência em 2016 e revista em 2019. Nos votos do Ministro Luís Roberto Barroso é possível se observar como estes entraves teóricos têm consequências na prática jurídica restritiva aos direitos fundamentais<sup>42</sup>.

## Referências.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, p. 11-29, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Teoria da validade e interpretação do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

---

<sup>42</sup> Conferir em LIZIERO, Leonam; QUIRINO, Tainara. A presunção da inocência em desencanto no Brasil (ou um caso de como Marcelo Neves desmistifica a inconsistência hidraforme de Luís Roberto Barroso). In: ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo; LIZIERO, Leonam. *Direito e Sociedade*, volume 2: Marcelo Neves como intérprete do pensamento jurídico contemporâneo. Andradina: Meraki, 2020.

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2 Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

LIZIERO, Leonam; QUIRINO, Tainara. A presunção da inocência em desencanto no Brasil (ou um caso de como Marcelo Neves desmistifica a inconsistência hidraforme de Luís Roberto Barroso). In: ALLAIN TEIXEIRA, João Paulo; LIZIERO, Leonam. *Direito e Sociedade*, volume 2: Marcelo Neves como intérprete do pensamento jurídico contemporâneo. Andradina: Meraki, 2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, Fastígio e Declínio da "Revolução Judiciária" (2013-2017). *Insight Inteligência*, 79, p. 158-168, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermannverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v.80, pp. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2014.

Recebido em: 18/07/2020

1º Parecer em: 05/08/2020

2º Parecer em: 21/08/2020