

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO BRASIL

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND PROPORTIONALITY PRINCIPLE IN BRAZIL

Gustavo Ferreira Santos¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Jurisdição constitucional e legitimidade democrática; 2 A aplicação do princípio da proporcionalidade; Considerações finais; Referências.

RESUMO

O artigo discute o papel do princípio da proporcionalidade na prática da jurisdição constitucional no Brasil. O princípio da proporcionalidade é uma das ferramentas mais importantes para a interpretação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. O artigo chama a atenção para a tensão entre constitucionalismo e democracia, demonstrando que o princípio da proporcionalidade pode ser uma porta aberta para um ativismo judicial. Na aplicação do princípio da proporcionalidade, o intérprete deve tomar cuidado especial para evitar uma expansão que poderia comprometer a própria legitimidade do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Democracia. Constitucionalismo. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The article discusses the role of the principle of proportionality in the practice of judicial review in Brazil. The principle of proportionality is one of the most important tools for the interpretation of fundamental rights in a democratic state. The article calls attention to the tension between constitutionalism and democracy, showing that the principle of proportionality can be an incentive to judicial activism. In the application of the principle, the interpreter must take special care to avoid an expansion that would compromise the legitimacy of the state.

KEY-WORDS: Judicial Review. Democracy. Constitutionalism. Proportionality.

RESUMEN

El artículo discute el papel del principio de la proporcionalidad en la práctica de la jurisdicción constitucional en Brasil. El principio de la proporcionalidad es una de las herramientas más importantes para la interpretación de los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho. El artículo llama la atención sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia, demostrando que el principio de la proporcionalidad puede ser una puerta abierta para un activismo judicial. En la aplicación del principio de la proporcionalidad, el intérprete debe tener cuidado especial para evitar una expansión que podría comprometer la propia legitimidad del Estado.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción constitucional. Democracia. Constitucionalismo. Proporcionalidad.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 traz um amplo e complexo catálogo de direitos fundamentais. A aplicação da Constituição faz surgirem diversos conflitos entre direitos, exigindo do intérprete/aplicador um esforço de maximização desses direitos, o que levou à recepção no país do chamado princípio da proporcionalidade, de uso há mais longo tempo em outros países.

Com o princípio da proporcionalidade, a atividade de ponderação de direitos e interesses constitucionalmente consagrados aparentemente fica mais controlável, à medida que se submete a um procedimento de justificação. Mas, também, o uso genérico da ideia de proporcionalidade, sem uma justificação mais detalhada, que, por exemplo, analise a ocorrência dos seus subprincípios, pode levar à adoção de decisões com alto grau de subjetivismo, o que pode acrescer questionamentos quanto à legitimidade da jurisdição constitucional.

Neste trabalho, lançamos um olhar sobre o princípio da proporcionalidade, dando ênfase à necessidade de transformá-lo em instrumento de justificação de decisões em casos de colisões de direitos fundamentais. Construir uma prática de controle jurisdicional da atividade legislativa que não aprofunde a tensão entre democracia e Constituição deve ser um desafio de todos os que se dedicam ao estudo da jurisdição constitucional.

Antes, portanto, colocamo-nos a tarefa de refletir sobre a tensão entre Constituição e democracia, especialmente enfocando o papel que a Jurisdição Constitucional exerce no Estado Constitucional. Com isso, fundamentamos a nossa visão, que exige um maior rigor na demonstração da operação prática de solução de colisões de direitos fundamentais e exige uma postura de autocontenção do tribunal responsável pelo controle.

1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A jurisdição constitucional está no centro da tensão entre democracia e Constituição, na medida em que representa um controle do legislador democrático por órgãos não eletivos. A discussão sobre a legitimidade da supremacia da Constituição, que remonta, ainda, os debates constitucionais da nascente federação norte-americana, hoje precisam ser recolocados, sob novo enfoque, uma vez que se potencializou a restrição à decisão majoritária, com as constituições garantidas da atualidade.

A segunda metade do Século XX viu um vertiginoso crescimento da jurisdição constitucional no mundo, embalada, especialmente, por uma justificável preocupação com possíveis totalitarismos, que uma versão formal de democracia havia provado não ser capaz de obstar. O trauma do nacional-socialismo não impulsionou apenas a Alemanha no sentido do estabelecimento de um forte controle, concretizador de direitos fundamentais, mas estendeu ao mundo essa apreensão.

O controle da constitucionalidade de atos do legislador deve ser visto como uma função excepcional do Poder Judiciário. O Judiciário precisa exercer sua função de forma controlada, para evitar que a posição à qual ele foi alçado com a revisão judicial da legislação transforme-se em empecilho para a vida política de um país, ou até mesmo que ele seja submetido a pressões incompatíveis com suas funções.²

Hoje, mesmo de forma não declarada ou até mesmo inconsciente, no debate sobre funções de “representante” e de “juiz”, há quem defenda a segunda função exclusivamente com base em uma enumeração de defeitos da primeira função. Isso pode até desgastar a legitimidade do papel do representante, mas não sustenta por si só a expansão da jurisdição constitucional. Os dois, representante e juiz, inovam no direito, cada um à sua forma, mas aparentemente a decisão legislativa é mais arbitrária, imagem que decorre do fato de que o legislador deixa clara a natureza de sua função, dizendo “esqueçam o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora”, quando o juiz age como se estivesse “descobrimo” um Direito desde sempre existente.³

Não somos adeptos, porém, da identificação pura e simples de um espaço de não-jurisdição, como ocorre com a técnica das *political questions*. Todo ato normativo, em nosso sistema, é passível de revisão judicial. Aliás, esse deve ser um ponto de partida para o intérprete. Não será meramente a

natureza política do ato atacado que afastará o controle pelo Poder Judiciário. Porém, deverá ser tomada em conta a dificuldade de controlar o conteúdo de certas decisões e, muitas vezes, a legitimidade do processo que levou à sua adoção influenciará a tomada de posição pelo Judiciário.

O juiz que recebe da Constituição o poder de aferir a constitucionalidade de leis não pode ser entendido como um elemento neutro. Questões políticas lhe são apresentadas por estarem envolvidas na aplicação do Direito e a elas ele deve dar respostas. Seria absurdo esperar que o juiz, diante de uma questão que envolvesse claramente elementos políticos, suspendesse o julgamento para aguardar uma definição dos representantes do povo ou, o que seria pior, deixasse de dar resposta adequada à demanda levada ao Judiciário.

Ao ser explicitada na Constituição a função de guarda da constitucionalidade, o Judiciário recebe uma atribuição política inegável. Esse elemento político da Jurisdição Constitucional não pode ser esquecido. É preciso que o juiz constitucional tenha sempre isso claro na hora de decidir. O exercício dessa função deve ser observado e controlado pela sociedade, com consciência dimensão política das questões constitucionais. Isso é da essência de sistemas que permitem ao Juiz revisar a legislação. Nunca é demais lembrar que Tocqueville identificava um poder político no juiz norte-americano e o justificava no fato de que, diferentemente da realidade de outros países, esse juiz fundava suas decisões na Constituição e não nas leis.⁴

O que se espera é que ele esteja consciente dessa dimensão política da sua decisão, quando o conflito que lhe é apresentado envolve questões de inconstitucionalidade. Nesse julgamento, muitas vezes se fará necessária a autocontenção. Deve voltar-se o juiz a garantir o próprio espaço de decisão democrática. Peter Häberle, ao propor uma visão ampliada quanto aos sujeitos da interpretação constitucional, acaba por indicar que o Juiz constitucional tem que considerar o grau de participação no debate político que resultou no ato normativo atacado por inconstitucional. Ao seu ver, “um *minus* de participação deve levar a um *plus* de controle constitucional”.⁵ Esse olhar democrático a ser exigido da Jurisdição Constitucional pode reconciliar, em alguma medida, democracia e revisão judicial.

Com Robert Alexy, podemos afirmar que “um princípio formal essencial é a competência decisória do legislador democraticamente legitimado”.⁶ Essa afirmação é feita no contexto de uma resposta ao que ele chama de *objeção competencial* ao chamado modelo de regras/princípios. Tal objeção teme que ocorra um deslocamento da competência dos Parlamentos para os tribunais, sob o pretexto de serem aplicados aos casos sob decisão princípios constitucionais.

A interpretação constitucional deve evitar fixar um único caminho possível para a decisão democrática. Um legislador totalmente vinculado significaria também uma sociedade atada. Quando razoavelmente justificáveis mais de uma posição para a adoção de uma norma infraconstitucional, o intérprete precisa evitar a interpretação da Constituição que indica a única providência material disponível ao Estado diante da Constituição.

Esse risco de obstrução da democracia, com a fixação pelo Poder Judiciário do “caminho correto” a ser percorrido pelo legislador e pelo administrador, decorre daquilo que Paulo Otero, ao criticar a Constituição Portuguesa de 1976, chamou de hipervoluntarismo, que consistiria em comportar as normas constitucionais “um verdadeiro programa de ação governativa e legislativa com a pretensão de tudo mudar”.⁷ A tentação de preencher os genéricos preceitos constitucionais com uma interpretação que dê respostas eficazes aos problemas que lhe são apresentados potencializa essa expansão dos poderes do Judiciário e pode produzir uma redução da capacidade da sociedade de dar novas respostas a novos problemas, por meio das disputas políticas cotidianas, que resultariam na adoção de medidas.

Evidentemente, deve conter a decisão certo grau de objetividade, com a demonstração de que, ao decidir, o intérprete/aplicador seguiu um caminho argumentativo justificável dentro da lógica do sistema. Conceitos morais vagos não podem ser tomados como fundamentos exclusivos para a declaração de inconstitucionalidade. Ancorar a decisão na Constituição obriga o intérprete/aplicador do Direito a recorrer a técnicas interpretativas que explicitem claramente o percurso entre o problema e a caracterização da inconstitucionalidade.

As cláusulas gerais contidas na Constituição servem, muitas vezes, como álibis para a imposição pelo Judiciário de uma visão particular sobre um determinado problema moral. Ingeborg Maus afirma que “quando a Justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas por meio de pontos de vista morais, pratica assim a ‘desqualificação’ da base social”.⁸

A experiência norte-americana mostra um país com um Judiciário que tem dado a última palavra em um conjunto amplo de temas morais. Hoje, com a mudança na composição da Suprema Corte, cada vez mais conservadora, especialmente com a nomeação de John Roberts para a presidência e a substituição da juíza Sandra O'Connor, teme-se por uma espécie de ativismo conservador, intervindo a Corte contrariamente à liberdade em matérias como eutanásia, aborto e direitos de homossexuais.

John Hart Ely buscou conciliar a democracia com a existência do *judicial review*, deixando aos representantes a escolha dos valores fundamentais, mas preservando nas mãos dos juízes o poder de controlar o processo decisório, de tal forma que garantisse a participação de todos os grupos envolvidos na questão. Para Ely, o Judiciário atuará principalmente quando for verificado um bloqueio no processo democrático⁹.

Para Barry Friedman, o controle jurisdicional da constitucionalidade tem a vantagem de facilitar o diálogo nacional sobre o significado da Constituição (2006).¹⁰ Isso não importa em uma supremacia do Judiciário. Ao mesmo tempo, devemos buscar a garantia da qualidade do debate em torno da Constituição e a possibilidade de, quando as decisões do Judiciário se distanciam das aspirações populares, o sistema realizar uma autocorreção. O Poder Judiciário não ficará, dessa forma, com a última palavra.

No mesmo sentido, Jose Acosta Sánchez aponta a legitimidade da atividade criadora da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário no fato de que não será nunca a sua palavra a última sobre matéria. Lembra ele que sempre existirá a possibilidade de alteração do texto constitucional. Para ele, "uma lei declarada inconstitucional é só uma lei aprovada por um procedimento indevido, que pode ser sempre recuperada pelo legislador usando o devido, o da reforma constitucional".¹¹

Assim, mais difícil é a situação nos países que adotam imutabilidade de certos elementos da Constituição. Levar a sério o princípio democrático que a Constituição consagra exige, nesses casos, uma interpretação restritiva das cláusulas consideradas imutáveis. Quando há uma vedação de supressão de um instituto contido na Constituição, como ocorre no caso da Constituição brasileira, está a Constituição a excepcionar o princípio democrático, que regerá as relações políticas cotidianas. Como exceção, a aplicação da restrição à reforma não deve ser interpretada extensivamente, pois tal postura subverteria a relação entre regra e exceção, assumindo a vedação constitucional o papel principal, sendo excepcionalmente possível a ação parlamentar.

As ações de inconstitucionalidade não devem servir à afirmação do poder do Tribunal contra o poder do povo. Não podem transferir o poder para um corpo técnico não responsável diretamente perante o povo. Aliás, depositar esperanças excessivas no Poder Judiciário seria contraproducente para a vida da democracia, já que bloquearia a criação de uma cidadania ativa, que, no lugar de buscar organização e intervenção na política, dirigiria ao Judiciário todas as suas reivindicações.

O próprio Judiciário deve evitar assumir esse papel. Nessas demandas constitucionais que envolvem temas extremamente polêmicos, que dividem a sociedade, os juízes devem, no mínimo, incorporar as mais diversas opiniões existentes e considerá-las da forma mais equânime possível. Outros instrumentos, mais eficazes, podem ainda ser acrescentados ao sistema, voltados a reafirmar o princípio democrático. A autocontenção do tribunal, reconhecendo que a decisão legislativa é razoavelmente fundamentável na Constituição, é uma postura necessária. Fórmulas abertas contidas na Constituição não podem ser álibis para que se fundamente um regime extremamente limitador da atividade legislativa.

Otto Bachoff aponta na jurisprudência de órgãos do Poder Judiciário da Alemanha a existência dessa postura de autolimitação¹². Na lição de Bachoff, assim procedem aos órgãos do Judiciário frente à natureza política da decisão sob seu controle: (i) partem os tribunais do pressuposto de que, na dúvida, as leis são conformes à Constituição; (ii) não entram os tribunais na análise da correção e da oportunidade dos objetivos políticos visados pelo legislador; (iii) um tribunal somente corrige as valorações feitas pelo legislador na tomada da decisão política quando estas não encontrem qualquer fundamento racional; (iv) os prognósticos legislativos são geralmente aceitos pelo órgão de controle da constitucionalidade, dada a incerteza corrente nas expectativas de quem produz normas, somente atuando o Judiciário quando houver erro; (v) os tribunais são obrigados a ponderar as possíveis consequências de suas decisões, para evitar, sob o manto de uma correção jurídica, produzir, na prática, uma injustiça; (vi) as decisões dos tribunais, antes consideradas com eficácia *ex tunc*, passaram a

considerar possível a declaração de constitucionalidade sem decretação da nulidade; (vii) os tribunais se consideram legítimos, nos casos em que a decretação da inconstitucionalidade é inevitável e a ausência de regulação se mostra muito prejudicial à sociedade, para fazer uma “legislação sucedânea” sobre o estritamente necessário, enquanto o legislador exercita a sua função.

2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade está intimamente ligado à ideia de Estado de Direito. O exercício do poder nessa forma de organização política deve dar-se sempre de forma limitada. As regras do jogo incluem, além de barreiras explicitamente delimitadas, ordens implícitas de parcimônia na ação estatal. Fundamentar que algo seja feito pelo Estado não corresponderá a fundamentar a que o seja em qualquer intensidade.

A exigência de que a atuação estatal se conformasse a uma ideia genérica de necessidade já podia ser encontrada no direito prussiano de polícia do final do século XVIII, apesar de apenas ser claramente identificável, inclusive com referências explícitas a essa exigência na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia, no século XIX.¹³ Compatibiliza-se claramente com uma versão inicial do constitucionalismo, de matiz liberal, já que se apresenta como importante anteparo à atuação estatal, protegendo um espaço próprio à atuação individual.

Através do princípio da proporcionalidade procede-se a harmonização de interesses reconhecidos na Constituição, buscando a justa decisão em situações de tensão entre direitos. Está ligado à ideia de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, segundo a qual estes têm uma subjetiva, titularizada pelo indivíduo e que fundamenta status, e uma objetiva, que baseia uma ordem jurídica da comunidade¹⁴. Na dimensão objetiva, são justificáveis diversas restrições aos direitos em nome da harmonia entre os vários elementos da ordem constitucional. A relação necessária entre norma e realidade, de implicações recíprocas, bem destacada no já clássico trabalho “força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, vai encontrar, no princípio da proporcionalidade, um importante veículo para se expressar.

Segundo Vitalino Canas, o princípio da proporcionalidade pode ser assim definido:

O princípio constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins (1994, p. 3).

Diante de um ato estatal que restringe direitos e interesses constitucionalmente protegidos, em nome de outros direitos e interesses igualmente consagrados pela Constituição, o princípio da proporcionalidade permite otimizar a aplicação de ambos. Para Böckenförde, na proteção dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional alemão adota, em muitos casos, a teoria liberal, decorrendo disso a função exercida pelo princípio da proporcionalidade como um instrumento de controle dos atos limitadores de direitos fundamentais¹⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial, nota-se um aperfeiçoamento considerável de sua técnica. Não é à toa que tenha isso acontecido nesse quadrante histórico. Voltar-se à preocupação quanto à garantia das liberdades era uma necessidade da sociedade alemã após nacional-socialismo.

Na década de 50, dois importantes julgamentos do Tribunal Constitucional Federal despontam no processo de delimitação do princípio da proporcionalidade, todos os dois envolvendo alegações de conflitos de direitos fundamentais: os casos Lüth e Apotheken¹⁶. No primeiro caso, contrapunham-se a liberdade de expressão e a proteção constitucional à indústria, enquanto, no segundo caso, contrapunham-se a liberdade de profissão e a proteção da saúde pública.¹⁷

Sua consolidação é notória na decisão do caso *Erdölbevorratung*, em 1971, quando os subprincípios aparecem de forma clara¹⁸. Hoje ele é bastante utilizado naquele país, mas se projetou, também, na prática constitucional de outros ordenamentos constitucionalizados, como Portugal, Espanha e Itália. Por ordenamentos constitucionalizados tomamos aqueles nos quais a Constituição, através da jurisdição constitucional, projeta-se fortemente sobre as normas infraconstitucionais. Ricardo Guastini aponta sete condições presentes na maior parte dos sistemas constitucionais

ocidentais da contemporaneidade, para que um ordenamento seja considerado impregnado pelas normas constitucionais: (i) a existência de uma Constituição rígida, que permite a existência efetiva de hierarquia; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição, independente do modelo de controle; (iii) a força vinculante da Constituição, sendo todas as normas constitucionais consideradas aptas a produzir efeitos; (iv) a *sobreinterpretação* da Constituição, sendo identificadas, nela, normas implícitas; (v) a aplicação direta das normas constitucionais, sendo aplicadas por qualquer juiz em qualquer controvérsia; (vi) a interpretação conforme as leis, que aproxima o conteúdo da lei aplicada ao da Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas, já que o órgão judicial de controle resolve conflitos de competência entre os órgãos constitucionais e os atores políticos incorporam em seu discurso o elemento inconstitucionalidade¹⁹.

O Tribunal Constitucional alemão consolidou que o princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios, através dos quais se verifica qual dos direitos apresentados sob a forma de princípio devem prevalecer ou como os direitos em colisão devem se comportar no caso concreto, medindo a constitucionalidade de atos estatais. São subprincípios da proporcionalidade: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação ou da idoneidade questiona se a medida adotada pelo Estado contribui para alcançar o fim que o Estado pretende atingir. Trata, pois, da relação de causalidade entre a medida adotada pelo Estado e o fim a que ele se propõe. Alexy resume esse elemento da seguinte forma: se a medida estatal M1 não se mostra apta a produzir o fim F, que é exigido pelo princípio P1, que fundou a atuação do Estado, o simples fato de M1 atingir negativamente, em qualquer medida, a realização do princípio P2, estará devidamente justificada a fulminação da medida adotada²⁰.

Segundo jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfGE, 16 S 147 (181)), a mera realização parcial do fim é suficiente para a medida ser considerada adequada.^{21 22} Um meio só será considerado inadequado se não contribuir, de alguma forma, à conquista do fim almejado. O Tribunal Constitucional Federal alemão formula o subprincípio da seguinte maneira: “um meio é adequado quando com sua ajuda pode ser alcançado o resultado perseguido”.²³

O princípio da necessidade ou princípio da intervenção mínima, da exigibilidade ou da indispensabilidade exige do legislador que não adote uma medida restritiva de direito fundamental quando existem outras medidas menos gravosas que podem ser adotadas. Esse princípio não se restringe à análise da medida estatal sob controle, com a apreciação do conteúdo, efeitos e fins. Exige do órgão que o aplica que indique medidas alternativas idôneas.²⁴ Assim o caracteriza: se o Estado fundamenta, no princípio P1, a busca do fim F e existem duas medidas, M1 e M2, igualmente adequadas a promover o fim desejado, então será indiferente a P1 a eleição do meio, não sendo, porém, indiferente a P2, que é o princípio atingido pela atuação do Estado. A necessidade de otimização de P2 leva ao reconhecimento da inconstitucionalidade da medida que atinge esse princípio²⁵.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz verdadeiramente ponderação entre direitos, bens ou interesses. Ele permite realizar uma proporcional distribuição dos ônus da vida em sociedade, à medida que proíbe ao Estado sacrificar direitos fundamentais. Em Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é um mandamento de ponderação, assim definido: se tanto a medida M1 como a M2 impedem a realização do princípio P2, mesmo que um o faça em menor medida, deve-se proceder a uma ponderação entre aquele princípio que fundava a busca do fim F pelo Estado, ou seja, P1, com o princípio afetado, P2²⁶.

Em trabalho anterior, analisamos a recepção do princípio da proporcionalidade no Brasil, especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nossa preocupação decorria de uma análise exploratória inicialmente procedida que apontava certa ausência de fundamentação no uso de tal instrumento interpretativo, bem como claras imprecisões conceituais.

Analisamos 142 duas decisões em cujas ementas o termo proporcionalidade foi citado. Dentre aquelas, a maioria não dizia respeito ao princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação de direitos fundamentais, mas a uma noção geral de proporcionalidade que perpassa todo o ordenamento.

As decisões que utilizaram o conceito de proporcionalidade no sentido que no direito comparado vem se consagrando foram, ainda, divididas em: a) proporcionalidade/igualdade, quando ele é confundido com o conteúdo do princípio da igualdade; b) proporcionalidade/razoabilidade, quando

se resume a proporcionalidade a um dever geral de contenção do Estado; c) proporcionalidade *tout court*, quando se aproxima o seu uso ao que tem sido consagrado no direito estrangeiro, no qual a doutrina e a jurisprudência brasileira se inspiram.

Em todas essas decisões apreciadas, constatou-se a ausência de uma fundamentação segura. Faltava, principalmente, a indicação dos direitos ou interesses constitucionalmente consagrados em jogo, para justificar a restrição que a decisão acabaria por determinar. Como apontamos acima, o princípio da proporcionalidade não tem um conteúdo material específico, sendo apenas um instrumento para uma solução controlável das colisões entre direitos fundamentais.

Naquele trabalho, concluímos da seguinte forma:

É recomendável que o Tribunal explicita, em sua decisão, todos os elementos não-dogmáticos por ele utilizados, para que seja acessível àqueles atingidos pela decisão o maior volume possível de informações, o que, além de permitir o debate sobre o tema, acrescerá legitimidade à decisão.

O maior risco decorrente do uso da proporcionalidade como um princípio jurídico, do qual derivam diretamente juízos de inconstitucionalidade, consiste em acrescer insegurança à sociedade, na medida em que a dificuldade de definir o que venha a ser proporcional ou não eleva o grau de subjetivismo nas decisões do Judiciário. Experiências mais longevas, como a alemã, mostram-nos que a principal função do princípio está em permitir aos envolvidos em situações de colisões de direitos, que têm uma evidente dificuldade de solução, conhecerem todo o raciocínio utilizado entre o problema e a sua solução.

Parece-nos fundamental, para alcançar o objetivo da clareza no uso do instrumento, a exposição, na decisão, de quais são os polos da relação conflitiva. Os direitos ou interesses constitucionalmente consagrados devem ser indicados pelo tribunal, bem como justificados os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que foram adotados para se chegar à conclusão da desproporcionalidade. Ainda encontramos na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal decisões que dizem ser determinado ato normativo inconstitucional, por ofender o princípio da proporcionalidade, sem que sejam apontados os direitos ou interesses em jogo e, conseqüentemente, a norma constitucional violada.

Nossa análise apontou, também, algumas posições bastante recorrentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e que redundam em dificuldades na adoção a contento do princípio. Dentre os vários problemas ali apontados, destacamos aqui a noção de interpretação constitucional, bastante restritiva, que ali era adotada. Nessa seara, chamava a nossa atenção uma posição consolidada naquela Corte, segundo a qual não é possível, no controle de constitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal, “revolver” a interpretação da norma infraconstitucional acusada de inconstitucional.

Vale à pena, nesse tema, retornarmos à nossa avaliação feita naquele trabalho:

A recusa a recursos fundados na alegação de “má interpretação” de normas infraconstitucionais também se impõe como um obstáculo à chegada, no Pretório Excelso, de demandas baseadas em princípios, pois, muitas vezes, o que o recorrente busca é que seja corrigida uma interpretação inconseqüente, para que seja substituída por uma nova interpretação, feita sob os auspícios de uma interpretação constitucionalmente adequada.

Ainda é corrente a utilização dessa forma de autorrestrrição pelo Tribunal, como se pode verificar dessa decisão recente:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA ELEITORAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO DESPROVIDO. O reexame de decisão que interpreta a legislação eleitoral à luz do princípio da proporcionalidade, para afastar sua incidência no caso concreto, implicaria a análise dos próprios dispositivos infraconstitucionais, o que, como é cediço, não é cabível nesta via extraordinária. (AI-AgR 598635 / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/12/2006)

Essa posição é diretamente incompatível com posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal, que admite a chamada interpretação conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição visa, evidentemente, emprestar um sentido específico à norma infraconstitucional que lhe compatibilize com a Constituição. Como fazê-lo sem que seja revolvida a interpretação da norma infraconstitucional?

No caso citado, um órgão jurisdicional deixou de aplicar legislação eleitoral sob a alegação, a partir de sua interpretação fundada no princípio da proporcionalidade, e o Supremo decidiu que não poderia rever tal decisão. Ora, trata-se evidentemente de decisão de controle de constitucionalidade, que, estranhamente, ficará sem revisão pelo tribunal que a Constituição escolheu como o guardião da Constituição.

Havíamos também apontado o uso indistinto dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Cunhados em experiências constitucionais distintas, apesar de serem instrumentos de controle dos excessos do legislador, guardam eles algumas diferenças, tendo, hoje, na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o princípio da proporcionalidade uma estrutura muito mais objetiva e controlável do que a que o princípio da razoabilidade apresenta na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. A confusão entre os institutos ainda está presente nas ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto de ordenamentos constitucionalizados, nos quais a interpretação da Constituição assume um importante papel político, cresce o ônus que recai sobre autoridades com poder de definir a interpretação das cláusulas constitucionais. O intérprete precisa apoiar sua decisão em uma argumentação sólida, convincente, acessível aos destinatários da decisão.

O princípio da proporcionalidade pode funcionar como um instrumento a reforçar a legitimidade da decisão, deixando claro o caminho percorrido entre o problema e sua solução, mas pode, também, funcionar como um alibi para tomada de decisão arbitrária. A forma do princípio tal qual utilizada na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que se desdobra em subprincípios, aponta para processos decisórios mais objetivos, enquanto a forma de decidir que apenas evoca a desproporcionalidade, genericamente, da medida estatal tende a um subjetivismo inaceitável.

Evidente que, em qualquer das duas situações, é possível uma expansão desordenada do poder da jurisdição constitucional. Mas o uso do princípio sem o cuidado do desdobramento dos elementos fáticos e jurídicos envolvidos na decisão, já significa, por si só, um aprofundamento do problema da tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

REFERÊNCIAS

ACOSTA SANCHÉZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BACHOFF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LVI. P. 9 a 24, 1980.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos de Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menendez. Baden-baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (princípio da). *In*: **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. [Lisboa]: 1994.

_____. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueología e aplicações. *In*: MIRANDA, Jorge

Disponível em: www.univali.br/periodicos

(Org.). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1997.

EMILIOU, Nicholas. **The principle of proportionality in European Law**. Londres: Kluwer, 1996.

FRIEDMAN, Barry. **Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella**. Disponível em <<http://homepages.nyu.edu/~jfg236/FriedmanRespuesta.pdf>>. Acesso em 15/06/2006.

GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. *In*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madri: Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE**, n. 11, Recife, pp. 125-156, 2000.

OTERO, Paulo. A “desconstrução” da democracia constitucional. *In*: MIRANDA, Jorge (Org). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1997.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madri: Colex, 1990.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NOTAS

- 1 Professor de Direito Constitucional da UFPE e da UNICAP. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPE) em Direito. Procurador Judicial do Município do Recife. Coordenador-Adjunto da área de Direito na CAPES.
- 2 AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 112.
- 3 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.
- 4 TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 113.
- 5 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 46.
- 6 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 169.
- 7 OTERO, Paulo. A “desconstrução” da democracia constitucional. *In*: MIRANDA, Jorge (Org). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 608.
- 8 MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE**, n. 11, Recife, pp. 125-156, 2000. p. 154.

- 9 **Democracy and distrust**, p. 117.
- 10 FRIEDMAN, Barry. **Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella**. Disponível em: <http://homepages.nyu.edu/~jfg236/FriedmanRespuesta.pdf>. Acesso em: 15/06/2006.
- 11 ACOSTA SANCHÉZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. p. 378.
- 12 BACHOFF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Vol. LVI. P. 9 a 24, 1980. p. 12.
- 13 CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (Org). **Perspectivas constitucionais**. Nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 328.
- 14 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 228.
- 15 BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos de Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menendez. Baden-baden: Nomos, 1993. p. 50.
- 16 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 371.
- 17 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 576-581.
- 18 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 372.
- 19 GUASTINI, Riccardo. A "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003. p. 50.
- 20 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 114.
- 21 EMILIOU, Nicholas. **The principle of proportionality in European Law**. Londres: Kluwer, 1996. p. 26.
- 22 SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madri: Colex, 1990. p. 156.
- 23 CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (princípio da). In: **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Separata do VI Volume. [Lisboa]: 1994. p. 303.
- 24 SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madri: Colex, 1990. p. 189.
- 25 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 113.
- 26 ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 114.

Recebido em: 04/2010

Avaliado em: 05/2010

Aprovado para publicação em: 05/2010