

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

RESTRICTIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Andre Luiz dos Santos Nakamura
alsnadv@gmail.com

Recebido: 12-06-2016

Aprovado: 17-02-2018

Sumário: 1 A natureza jurídica das normas de direitos fundamentais. 2 Das restrições permitidas aos direitos fundamentais. 3 O suporte fático e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. 4 Proporcionalidade e da razoabilidade. 4.1 Razoabilidade. 4.2 Proporcionalidade. 4.3 As três regras da proporcionalidade. 4.3.1 A adequação. 4.3.1 Da necessidade. 4.3.3 A proporcionalidade em sentido estrito. 5 Conclusões. 6. Referências.

Resumo:

Este artigo pretende estudar a forma como podem ser restringidos os direitos fundamentais. Para tanto, utilizando-se do método indutivo de pesquisa, foi realizado um estudo acerca da natureza jurídica das normas de direitos fundamentais. Desse resultado, chegamos à conclusão que as normas de direitos fundamentais são princípios. Os princípios podem ser restringidos pelo método da ponderação constitucional. Entretanto, a ponderação dos direitos fundamentais não é livre, em razão do mínimo existencial. As restrições aos direitos fundamentais devem ser sujeitar aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Serão analisados os elementos que devem guiar o aplicador da norma no uso da proporcionalidade, como ferramenta de contenção das normas de direitos fundamentais. O resultado será a sistematização da forma como podem ser restringidos os direitos fundamentais, estabelecendo limites às restrições, como forma de assegurar a observância do mínimo existencial.

Abstract:

This article aims to study how fundamental rights can be restricted. Therefore, using the inductive method of research, a study was conducted on the legal nature of the fundamental rights standards. From this result, we concluded that the fundamental rights standards are principles. The principles can be restricted by the method of constitutional consideration. However, the balance between fundamental rights is not free, because of the existential minimum. Restrictions on fundamental rights must be subject to the postulates of proportionality and reasonableness. They will analyze the elements that should guide the applicator standard in the use of proportionality, as containment tool fundamental rights standards. The result will be the systematization of how fundamental rights can be restricted, establishing limits to the restrictions, in order to ensure compliance with the existential minimum.

Palavras-chaves:

Direitos fundamentais. Restrições. Princípios. Razoabilidade. Proporcionalidade.

Keywords:

Fundamental rights. Restrictions. Principles. Reasonableness. Proportionality.

1. A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há controvérsia se os direitos fundamentais seriam normas ou princípios. A escolha da natureza influenciará na resposta acerca da possibilidade ou não de restrição dos direitos fundamentais.

Se a norma de direito fundamental for considerada uma regra, não admite afastamento, pela própria natureza da regra, cuja aplicação se dá pelo tudo ou nada. Caso se entenda que a norma é um princípio, ela pode ser restringida por meio da aplicação do método de ponderação de princípios.

Entendemos que, na nossa Constituição Federal, as normas de direitos fundamentais têm natureza de princípios.

Um princípio é uma norma de otimização. Ela manda que algo seja buscado ou uma finalidade alcançada, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes no momento de aplicação da norma. O princípio pode, em certos casos, ser afastado para que outro valor tão importante ou mais garantido pelo ordenamento jurídico seja preponderante no caso concreto.

É o que ocorre com os direitos fundamentais que, na maioria das vezes, são antagônicos. O princípio que garante a liberdade de expressão (art. 5º IX da CF) pode ser incompatível com o que assegura a inviolabilidade da honra (art. 5º X). Para garantir a honra de alguém, faz-se necessário, muitas vezes, impedir a livre expressão de outra pessoa.

Se fossem os direitos fundamentais regras, não seria válido argumentar no afastamento de uma regra de direito fundamental. Teríamos que admitir que a regra que garante a liberdade de expressão é inconstitucional porque pode atingir a honra das pessoas. Ora, não aceitamos a possibilidade de inconstitucionalidade de normas instituídas pelo Poder Constituinte Originário.

José Joaquim Gomes Canotilho tem a opinião que os direitos fundamentais são princípios:

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*... as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática (CANOTILHO, 2003, p. 1274).

A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.

A teoria da regra somente conhece a alternativa da validade ou invalidade. Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas

que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação. A teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais.

Assim, não há como se afastar da conclusão de que a norma que institui um direito fundamental é um princípio.

2. DAS RESTRIÇÕES PERMITIDAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, apesar da sua grande importância, não são absolutos. Um direito absoluto é uma contradição em si mesmo, visto que não poderia conviver com outros direitos decorrentes do ordenamento jurídico.

Um direito fundamental pode ser objeto de restrições decorrentes de sua necessária convivência com outros direitos fundamentais também previstos no ordenamento jurídico.

Há várias teorias sobre a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais. Há quem entenda que os direitos fundamentais não admitem restrições. Somente seria direito fundamental o direito absoluto. O que fosse possível restringir não seria, na verdade, direito fundamental. É a adoção da *teoria interna* para a qual não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo. Conforme ensinam Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 224) “a ideia de restrição é substituída pela de limite”. Para quem adota a teoria interna, não existe o conceito de direito e sua restrição, mas apenas o direito com um determinado conteúdo. Segundo Robert Alexy (2008, p. 277), “o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite”.

Há, contudo, os que entendem que o direito fundamental é sempre *prima facie*, podendo ser restringido no caso concreto, de acordo com outros princípios. É a chamada *teoria externa* a qual entende que direito individual e restrições são duas categorias que se deixam distinguir. Existe o direito propriamente dito, ilimitado e, com a imposição de restrições, surge outro direito, agora limitado. Para quem adota a teoria externa, há uma relação de restrição. Robert Alexy (2008, p. 277) nos informa que “há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido”.

A divergência apontada resulta, na verdade, da adoção da premissa de que os direitos fundamentais são regras ou princípios.

Se for entendido que os direitos fundamentais são regras, não se pode falar em restrição, visto que a regra somente pode ser aplicada na sua totalidade, devendo-se adotar a teoria interna.

Caso se entenda que os direitos fundamentais são princípios, resulta claro que é possível a restrição, pela aplicação da teoria da ponderação dos princípios, guiada pela regra da proporcionalidade e razoabilidade, razão pela qual se deve adotar a teoria externa.

Partimos da premissa de que os direitos fundamentais são princípios, razão pela qual admite a restrição.

3. O SUPORTE FÁTICO E O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de restrição leva à identificação de duas situações distintas: o direito e sua restrição. Para tanto, faz-se necessário apurar o âmbito de proteção de um direito, o que se faz pela análise de seu suporte fático.

Suporte fático abstrato são os fatos descritos na norma que, acontecidos, dão ensejo a determinada consequência jurídica. Preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. *Suporte fático concreto* é o fato ocorrido que a norma transforma em fato jurídico.

Conforme lição de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 71), os direitos fundamentais têm como função proteger o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado. Para a definição do suporte fático são necessárias quatro perguntas: 1) o que é protegido?; 2) contra o quê?; 3) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer?; 4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

Aquilo que é protegido é o âmbito de proteção do direito fundamental. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais.

Âmbito de proteção é conjunto de bens protegidos por um direito fundamental. Bens protegidos são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa. A definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista a identificação dos bens protegidos e a amplitude dessa proteção e a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição e identificação das reservas legais de índole restritiva.

O problema central dos direitos fundamentais está em definir, em concreto, quais são, de fato, os bens protegidos e quais não são.

Há duas vertentes que buscam solucionar este problema: a primeira inclui no âmbito toda ação, fato, estado ou posição jurídica que tenham *quaisquer características* que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito da vida” de um determinado direito fundamental (*teoria do suporte fático amplo*)

Há outra vertente que defende uma prévia exclusão de algumas condutas que, certamente, não são albergadas pelos direitos fundamentais (*teoria do suporte fático restrito*).

A característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas. Em todas as formas de argumentação que pressuponham um suporte fático restrito – não há que se falar em *restrição* a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios.

Toda teoria que se baseie em suporte fático restrito para os direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito.

Um modelo baseado em um suporte fático amplo não se preocupa em definir o que se inclui e o que deve ser excluído do âmbito de proteção do direito fundamental. O decisivo não é o trabalho com o âmbito de proteção ou com o conceito de intervenção estatal, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções. Conforme lição de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 94), ocorre um deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da intervenção*.

A teoria do suporte fático é importante para distinguir o que é uma mera regulamentação de um direito fundamental e o que é uma restrição e/ou violação de um direito fundamental. Devemos partir de uma afirmação básica: da mera verificação de uma restrição a um direito fundamental – mesmo que ela inviabilize seu exercício por completo, em alguns casos concretos – não decorre sua inconstitucionalidade.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 227), os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento na própria Constituição (*restrição mediata*).

Não é a intensidade ou quantidade de restrição a um direito fundamental que determina se a restrição é constitucional ou inconstitucional. Há restrições menores, consideradas, talvez, como *meras regulamentações*, que podem ser inconstitucionais, enquanto é possível que restrições mais intensas possam ser consideradas constitucionais. A inconstitucionalidade de uma medida não depende apenas da decisão sobre seu caráter restritivo e sobre sua intensidade: *há restrições intensas constitucionais* e *há restrições leves inconstitucionais*. Em todos os casos – regulamentações, restrições ou qualquer seja a caracterização da intervenção – sempre será necessário um sopesamento. Há restrições constitucionais e regulamentações inconstitucionais.

Entendemos mais correta a adoção da teoria do suporte fático amplo. Toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*. A definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores.

José Joaquim Gomes Canotilho compartilha a ideia de suporte fático amplo, diferenciando o *âmbito de proteção* e o *conteúdo juridicamente protegido*:

A diferenciação entre “momento descritivo” e “momento normativo” do âmbito de proteção aponta já para a necessidade de uma distinção clara entre *âmbito de protecção* e *conteúdo juridicamente garantido*. O conteúdo juridicamente protegido não pode fixar-se para cada direito de forma geral e abstracta. Pelo contrário: para *cada direito* impõe-se um específico *trabalho de mediação jurídica*. O facto de determinado comportamento, situação ou coisa serem descritos como fazendo parte de um direito fundamental aponta, numa primeira aproximação das coisas (*prima facie*) para a sua “integração” no âmbito de protecção. Daí não se segue necessariamente que esse “comportamento”, “situação” ou “coisa” sejam recortados, em termos jurídico-constitucionais, como um conteúdo de um direito juridicamente garantido. (CANOTILHO, 2003, p. 449).

A proteção definitiva de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como *restrição constitucionalmente aceita* ou como *violação inconstitucional*. O que define se uma restrição é constitucional ou não é o atendimento das máximas da proporcionalidade e razoabilidade.

Contudo, ainda fica a questão de saber se, mesmo passando pelas máximas da proporcionalidade e razoabilidade, ainda assim haveria um limite imanente às restrições. Para

explicar isso, existem duas teorias: 1- *teoria absoluta*: entende o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a saldo de eventual restrição; 2- *teoria relativa*: o núcleo essencial há de ser definido para cada caso; seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre os meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade; o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Conforme lição de Robert Alexy:

Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. Já segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. (ALEXY, 2008, p. 296/298)

Na verdade, as duas teorias apresentam fragilidades. Nesse sentido é a lição de José Joaquim Gomes Canotilho:

Também aqui não há alternativas radicais porque, em toda a sua radicalidade, as teorias relativas acabariam por reconduzir o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário. Tudo o que fosse desproporcional ou excessivo violaria o núcleo essencial. Por seu turno, as teorias absolutas esquecem que a determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens. (CANOTILHO, 2003, p. 460).

A teoria absoluta, ao acolher uma noção de núcleo essencial inalterável, pode converter-se numa fórmula vazia em razão da dificuldade, no caso concreto, de caracterizar o conteúdo deste mínimo. Por outro lado, a teoria relativa confere uma flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais, podendo ocasionar a sua total eliminação com base em argumentos de proporcionalidade e razoabilidade. A solução deve ser a aceitação de um núcleo variável, mas também não se pode aceitar que a essência de um direito fundamental seja totalmente restringida com base na proporcionalidade.

4. PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

4.1. Razoabilidade

Segundo Agustín Gordillo (2003, p. VI-28), “la razonabilidad es así el punto de partida del orden jurídico”. Continua o autor dizendo que “este principio es de validez

universal; resulta aplicable tanto ao legislador como al administrador y al juez, e incluso a particulares”.

A razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade. Esta se diferencia daquela não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. Para ser desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins:

Razoável é aquilo que não atenta contra a razão ou, se se preferir, contra o bom senso. Necessário dar o segundo passo, e estabelecer como definir o que se entende por “atentatório ao bom senso”. Propõe-se, então, o seguinte critério: *razoável* é aquilo que a esmagadora maioria das pessoas considera conforme a razão, decorrente de um consenso social (MARTINS, 2008, p. 172).

Se existe uma solução mais razoável, cabe ao Estado adotá-la. Se não o fizer, pode o cidadão buscar judicialmente que se escolha a opção razoável. Não se pode permitir ao agente estatal que tem a função de buscar o interesse público que tenha atitudes irrazoáveis que possam lesar os direitos fundamentais. Nesse sentido é a lição de Agustín Gordillo:

Si existe alguna solución más razonable para un problema que aquella que ha escogido la administración, con o sin sustento legal o reglamentario, esa solución más razonable es la que debe buscarse que impere judicialmente, por aplicación directa de la garantía constitucional del debido proceso em sentido sustantivo y adjetivo, por un principio de justicia natural o como derivación razonada de todos los principios generales del derecho; o por aplicación del Tratado Interamericano de Derechos Humanos em cuanto recoge la misma garantía del debido proceso legal (GORDILLO, 2003, p. VI- 38).

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. A primeira exigência (compatibilidade entre o meio e o fim) é a razoabilidade interna; a segunda (legitimidade dos fins) é a razoabilidade externa. O conceito de razoabilidade corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002), a regra da proporcionalidade é mais ampla do que a razoabilidade.

Ambos os princípios (razoabilidade e proporcionalidade) constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 39) nos relata, no processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores.

Assim, vamos analisar o conceito de proporcionalidade que abrange a razoabilidade.

4.2. Proporcionalidade

Conforme Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 256/260) a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) é uma técnica de limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Em 1791, Svarez, em conferência proferida diante do rei da Prússia, Friederich Wilhem, propõe como princípio fundamental do direito público que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos e daí deduzia o princípio fundamental do “direito de polícia” (*PolizeiRecht*), ou, como hoje se diria, “direito administrativo”. Em 1802, Von Berg emprega o termo *Verhältnismäßigkeit*, proporcional, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade do indivíduo em virtude da atividade policial, referindo-se à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. Tal princípio, que se limitava ao chamado poder de polícia, passou a ser aplicado a todo o direito administrativo. Após, houve a transposição de tal princípio a todo o direito público, partindo-se da premissa de que também o legislador estaria obrigado a observar a proporcionalidade na sua atividade de produção legislativa.

Conforme Virgílio Afonso da Silva (2002) a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito empregada nos casos em que um ato estatal destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo implica a restrição de outro direito fundamental. O princípio da proporcionalidade é essencial na resolução do problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma equitativamente vantajosa para todas as partes.

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessária não só a existência de normas para pautar essa atividade – e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito) – como, também, há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulador para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes, o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002), o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio porque não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Seria uma regra e o termo mais adequado seria regra da proporcionalidade.

Willis Santiago Guerra Filho, entretanto, tem o entendimento de que se trata de um princípio, visto que não poderia ser uma regra, porque não há previsão da proporcionalidade em nossa Constituição e não se pode admitir uma regra implícita:

As diversas manifestações do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) apresentam um grau bem maior de concreção, especialmente aquela referente à “adequação” (*Geeignetheit*), sendo isso o que leva a que se possa subsumir a elas fatos, diretamente, como não ocorre com qualquer princípio – pense-se, por exemplo, em um caso de abuso de poder. Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, com a estrutura lógico-deontica de normas que são regras, por passíveis de neles se subsumirem fatos e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro, como

recentemente se afirmou entre nós, supostamente com apoio em Alexy. Isso porque não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, as regras, peculiaridade, esta, que Ronald Dworkin refere como a “dimensão de peso” (*dimension of weight*) dos princípios, e Alexy como a ponderação (*Abwägung*) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras. E, também, caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente à cláusula do devido processo legal, deduzindo-a do sistema constitucional por nós – e várias outras nações – adotado, em sintonia com a ideia de Estado Democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão somente podem sê-los os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais – ou, mesmo, “fundantes” -, a exemplo deste princípio de proporcionalidade, objeto da presente exposição. A circunstância de ao princípio da proporcionalidade, por seu conteúdo, se poder, indiretamente, subsumir fatos com relevância jurídica confere a este princípio constitucional, a possibilidade de ele vir a ser verdadeira norma fundamental, de kelseniana memória, justamente em virtude dessa sua peculiaridade de subsumir fatos jurídicos, e fatos da relevância daqueles envolvidos em colisões de princípios e direitos fundamentais, que lhe confere a vantagem de poder dar fundamentação concreta e, com isso, validade, no mais amplo sentido – ou seja, não apenas formal -, a disposições de uma ordem jurídica comprometida com os valores democráticos, com contexto de processos de aplicação do direito, judiciais ou não (GUERRA FILHO, 2010, p. 268/269).

Outro entendimento aventado pela doutrina é que a proporcionalidade e a razoabilidade são postulados normativos. Conforme lição de Ana Paula Oliveira Ávila (2004, p. 58/62), postulado normativo é uma condição de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico, que, embora não ofereça substrato material para fundamentar uma decisão, explica como (sob que condições) pode-se conhecer o direito. Ricardo Marcondes Martins, ao se referir sobre a razoabilidade e proporcionalidade, ensina que:

Esses institutos, comumente chamados de princípios, são postulados normativos: se fossem considerados normas jurídicas, necessitariam de positivação e poderiam ser revogados. Trata-se, todavia, de pressupostos epistemológicos do sistema jurídico que independem de positivação e não podem ser desconsiderados pelo jurista. Ambos, tanto a proporcionalidade como a razoabilidade, decorrem da própria existência no sistema de *princípios jurídicos*, e juntos constituem um interessante *procedimento* de análise ou, mais propriamente, de apuração” (MARTINS, 2008, p. 166/167).

Entretanto, a razão de tal divergência doutrinária é decorrente da ambiguidade do conceito de princípio jurídico, conforme já explicamos. Usaremos a expressão princípio da proporcionalidade, visto que, como acima se viu, o próprio conceito de princípio é controverso; ademais, tal expressão encontra-se consagrada na doutrina e Jurisprudência.

Proporcionalidade não se limita a proibição de excesso. A regra da proporcionalidade é um instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, mas também vem se firmando como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais.

Conforme lição de Daniel Sarmiento Ramirez-Escudero (2004, p. 310) o princípio da proporcionalidade é subsidiário: somente é aplicado quando não existirem dúvidas sobre a legalidade dos fins e dos meios do ato. Somente quando os demais instrumentos do ordenamento jurídico não tiverem resultado negativos para o ato é que se deve utilizar a proporcionalidade, bem como nos casos em que se faz necessário, como na discricionariedade. Trata-se de um instrumento destinado a controlar o exercício do poder discricionário pela Administração Pública, bem como para guiar a ponderação de princípios. Porém, não se exclui a possibilidade do uso do princípio da proporcionalidade em atos regrados, quando estes tenham resultados tão arbitrários que não sejam capazes de passar no teste de adequação, por não haver coerência entre os fins e os meios. Nesse caso, porém, não é o ato que será objeto de controle e sim a norma que estabeleceu a competência vinculada.

O juízo de proporcionalidade somente se realiza em atos restritivos de direitos. Não cabe em atos ampliativos de direitos, em relação aos atos de particulares e nem nos casos de conflitos inter-administrativos. O juízo de proporcionalidade é relativo. Não gera normas jurídicas e sim regras de prevalência condicionada aplicáveis a casos futuros similares.

4.3. As três regras da proporcionalidade

Há a subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Se houver a reprovação no primeiro dos três testes, não se vai ao teste seguinte. Se o ato for inadequado, não se analisa a necessidade. Somente se o ato for adequado e necessário parte-se para a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Willis Santiago Guerra Filho (2010, p. 262), “pode-se dizer que uma medida é *adequada*, se atinge o fim almejado; *exigível*, por causar o menor prejuízo possível; e, finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Entretanto, conforme lição de Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 168), a primeira etapa, antes de se verificar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, será verificar a constitucionalidade do fim considerado pelo agente.

Vamos ver, separadamente, cada uma das três regras da ponderação.

4.3.1. A adequação

A proporcionalidade é uma adequação entre meios e fins. Deva a Administração eleger os meios menos restritivos à liberdade. Conforme Jesús González Pérez (1999, p. 70/71) uma conduta desproporcional é, inclusive, contrária à boa-fé.

Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Assim, uma medida estatal é ade-

quada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado. Conforme Virgílio Afonso da Silva (2002) uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.

O ato deve ser um meio coerente com o fim perseguido. Este teste apenas averigua a idoneidade do meio, não entrando no fato de ser mais ou menos idôneo. Trata-se de uma análise de manifesta inadequação; caso contrário, abrir-se-ia uma discricionariedade ao juiz, pois todas as medidas administrativas são passíveis de serem criticadas. Para avaliar a adequação, faz-se necessária a análise fática da eficácia da medida da administração. Para tanto deverá fazer juízos de relevância.

4.3.2. A necessidade

Somente é necessário um ato estatal que limita um direito fundamental caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Virgílio Afonso da Silva (2002) ensina que o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.

A medida administrativa deve ser a menos lesiva para os interesses particulares dentre as possíveis de serem eleitas pela administração. Deve o recorrente provar a existência de outra solução menos gravosa e igualmente eficiente para conseguir o fim administrativo. Não poderá o juiz substituir e escolher outra das possibilidades existentes.

Faz-se uma análise dos meios para saber se o escolhido é o menos gravoso. Entretanto, não se pode chegar à conclusão que o meio menos gravoso para o particular seria a não atuação administrativa, sob pena de paralisação da atividade desta.

Para afirmarmos que a outra medida menos lesiva poderia ter sido a eleita, ela deve ser apta a proporcionar os mesmos resultados que a medida anteriormente escolhida. Também, não pode provocar a imposição de encargos e obrigações a outros cidadãos, visto que estes poderiam também impugnar a medida.

Por fim, a medida alternativa deve estar revestida de legalidade e dentro da competência do ente administrativo e deve ser suscetível de ser aplicada.

Para a aplicação do juízo de necessidade, deve-se provar o dano ao particular e as alternativas menos danosas à disposição da administração. Conforme alerta Daniel Sarmiento Ramirez-Escudero (2004, p.334/342) não é necessária uma prova absoluta que o termo comparativo alcançaria os mesmos resultados, mas sim uma prova real de que a afirmação é factível.

4.3.3. A proporcionalidade em sentido estrito

Consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os

motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002) só há que se falar em exame da proporcionalidade em sentido estrito caso a medida estatal tiver sido considerada adequada e necessária.

Analisa-se se o interesse público realizado pelo ato é de relevância bastante que justifique o sacrifício do interesse individual atingido pelo ato. Para tanto, deve-se recorrer ao método da ponderação de princípios.

O primeiro passo da ponderação consiste em identificar os valores em conflitos; o segundo consiste numa atribuição de peso ou importância a cada um destes valores; quando existir um *plus* de proteção por parte da Constituição em favor de algum valor, não se deve socorrer à ponderação.

Deve-se, segundo Daniel Sarmiento Ramirez-Escudero (2004, p. 342/352) observar a

lei da ponderação, qual seja, quanto maior for o grau de prejuízo a um dos princípios, maior há de ser a importância de cumprimento do seu contrário. Se um princípio lesionado não se vê contrabalanceado pelo benefício do cumprimento de outro, não existirá o equilíbrio e estaremos diante de um sacrifício ilícito.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é iniciado identificando os valores em conflito; após, deverá o aplicador da lei/intérprete, atribuir a respectiva medida a cada valor identificado, deve-se atentar que a hierarquia de valores deriva do direito positivo e da Constituição; por fim, quando maior for o grau de prejuízo ao cidadão, maior há de ser a importância do fim público buscado, ou seja, um prejuízo deve estar justificado por um objetivo mais importante.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito não precisa da análise fática, sendo um juízo abstrato de meios e fins. Porém, quando não for possível estabelecer uma medida a cada valor, não sendo possível estabelecer uma hierarquia entre os valores em conflito, deverá o juiz analisar o prejuízo fático que a aplicação de cada princípio pode proporcionar para, então, fazer a escolha de qual será o prevalente.

Constitui o princípio da proporcionalidade uma norma jurídica suscetível de ser alegada em juízo e é vinculante para os particulares e para o poder público.

Os três testes preveem pressupostos de fato indeterminados, porém com consequências determinadas (proibição do desproporcionado). Ainda que o resultado da sua aplicação ofereça uma resposta taxativa, o caminho para a sua obtenção está baseado em uma técnica ponderativa, que se aplica com distinta intensidade em cada um dos testes. Por tanto, nos encontramos ante o que se tem chamado de *princípio geral de direito*, como norma jurídica vinculante para as Administrações Públicas.

Pelo uso da proporcionalidade devem-se examinar os princípios incidentes, apurar o peso de cada princípio e o respectivo meio de concretização. Deve-se, assim, efetuar a ponderação. Por meio da ponderação, busca-se a justiça da decisão. Não basta que seja razoável e proporcional a decisão, ela deve ser, também, justa. Nesse sentido:

Além de obedecer ao postulado da razoabilidade, a ponderação deve obedecer ao postulado da justiça... A razoabilidade gera uma forte razão em favor do consenso social ou, na falta deste, da opinião do agente competente; essa razão não é absoluta; deve ser afastada se considerada injusta (MARTINS, 2008, p. 173/174)

5. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais são previstos por normas jurídicas com natureza de princípios. Por serem princípios, os direitos fundamentais podem ser objeto de restrições em razão da ponderação.

Os direitos fundamentais não são absolutos. Como todos os direitos, podem ser restringidos. A forma como se fará essa restrição pode ser inconstitucional ou não, o que deverá ser objeto de análise no caso concreto.

Para analisar a restrição realizada em um direito fundamental, é necessário partir da teoria interna ou teoria externa. Ambas apresentam suas fragilidades e decorrem da controvérsia sobre a natureza jurídica das normas de direitos fundamentais.

Também é necessária a análise do suporte fático e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Deve-se analisar o núcleo essencial do direito fundamental, o qual não pode sofrer restrições.

Não importa a intensidade da restrição ao direito fundamental. O que importa é a análise do respeito ao núcleo essencial, bem como o correto uso do postulado da proporcionalidade.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004
- CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional – volume I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 22ª edição, 2009
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 22ª edição, 2009
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, tercera edición, 1999.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 1. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 7ª edição, 2003;
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: Silva, Virgílio Afonso (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 6ª edição, 2010
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008

- MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. São Paulo: Manole, 2006, tradução de Luiz Afonso Heck
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros: 2006
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. São Paulo: RT, 1968
- SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. **El Control de Proporcionalidad de la Actividad Administrativa**. Valencia, 2004
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2010
- _____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002

Andre Luiz dos Santos Nakamura

alsnadv@gmail.com

Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de São Paulo.