Análise do princípio da proporcionalidade na argumentação jurídica

1. O estado da arte
Um dos problemas crônicos tanto na prática jurídica como na academia, no Brasil, é a interpretação e a aplicação do princípio da proporcionalidade. O tema não é novo, e o assunto já foi tratado por diversas vezes1 aqui no Conjur. Contudo, a proposta da coluna de hoje traz um recorte diferente. O foco de análise será a utilização da proporcionalidade na argumentação jurídica não pelos magistrados, mas pelos outros participantes do jogo de linguagem jurídico como advogados, membros do Ministério Público e das procuradorias.

Para tanto, a coluna está dividida em três partes, quais sejam: uma simplificada apresentação da proporcionalidade2, depois, uma análise de casos de controle abstrato de constitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal e, por fim, a demonstração de equívocos comuns na argumentação jurídica, consoante a teoria alexyana e a Crítica Hermenêutica do Direito.

2. O princípio da proporcionalidade
Para explicar a estrutura da proporcionalidade, utilizo a Teoria de Robert Alexy3 como referencial. Quatro motivos principais justificam essa escolha, quais sejam: 1) trata-se do autor mais citado pela magistratura brasileira4 e que encontra sonora repercussão na academia brasileira (normalmente má-feita é verdade, mas não deslegitima certa compatibilidade entre os sistemas alemão, no qual o autor escreve, e brasileiro); 2) a despeito de eventuais falhas, o compromisso com a racionalidade das decisões judiciais é afirmado e perseguido desde as primeiras obras até seus últimos artigos; 3) a identificação de uma tentativa de universalização das três etapas do exame da proporcionalidade com clara aproximação e compatibilidade com a teoria alexyana denota considerável acerto da teoria que, se bem compreendida e utilizada, pode auxiliar no controle da racionalidade das decisões judiciais; e 4) o argumento utilizado pelo professor Karan5 que, na opinião do autor, muito sensibiliza: é preciso estudar mais Alexy para se combater o que se faz em nome de Alexy no Brasil.

Antes da análise da estrutura propriamente dita, alguns breves comentários são necessários. O principal objetivo teórico do autor alemão é a proposição de uma teoria que assegura as bases de uma decisão judicial racional. Essa é a razão de ser da pesquisa de Robert Alexy.

Para tanto, o autor propõe uma teoria formal-procedimental e uma teoria material. Aquela, que consiste na teoria do discurso jurídico, propõe as regras e as formas essenciais que, juntas, formam uma espécie de código tanto da razão prática, num nível, como da argumentação jurídica, noutro nível. O ponto principal é estruturar a argumentação jurídica racional.

A teoria material, no âmbito da Teoria dos Direitos Fundamentais, trata sobre uma teoria substancial flexível de relações prima facie de princípios que conduz a uma possibilidade de controle intersubjetivo de decisões judiciais pautadas na racionalidade. Nesta, o foco é estruturar substancialmente a argumentação jurídica relativa aos direitos fundamentais da República Federal alemã da forma mais racional possível.

Com efeito, a racionalidade da decisão judicial e a criação de mecanismos de controle são objetivos comuns a ambas teorias. Dentro desse sistema, o autor propõe uma estrutura do princípio da proporcionalidade. A ponderação é abrangida pelo referido princípio que é composto por três princípios

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

parciais, quais sejam: o princípio da idoneidade, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade atua em casos de colisões de princípios jurídicos. Isso significa que ele funcionará como uma norma de interpretação e aplicação que não poderá ser afastada. O ponto central é compreender que se trata de uma norma que soluciona colisões.

As colisões de princípios são situações nas quais a promoção da realização de um princípio de direito fundamental implica na restrição de outro princípio de direito fundamental. Como exemplo, cita-se a MC na ADI nº 3.540-1/DF. Nesse caso, tratou-se sobre a possibilidade de modificação e de supressão de espaço ambiental especialmente protegido, isto é, se a alteração territorial da proteção ambiental poderia ser feita por ato administrativo ou apenas por lei em sentido formal. Com isso, o ministro relator entendeu que havia uma colisão de princípios entre a preservação da integridade do meio ambiente e a liberdade da atividade econômica em razão das limitações territoriais dos espaços ambientais protegidos. Outro exemplo possível é as medidas de *lockdown* tomadas pelos Poderes Executivos, que ilustram uma colisão de princípios entre a saúde e a liberdade.

Consoante a proposta teórica do autor, os princípios são normas que consistem em mandamentos prima facie de otimização a serem concretizados na medida mais alta possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. Com isso, a proporcionalidade e seus subprincípios são os encarregados de sua realização, ou seja, definir a sua concretização no caso concreto a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas. Com efeito, extrai-se uma solução da colisão de princípios que consiste numa regra que determina a relação de precedência condicionada de um princípio em detrimento do outro.

Assim, cada um dos princípios parciais dará origem a uma etapa específica. Os dois primeiros analisam, precipuamente, as circunstâncias fáticas e o último as circunstâncias jurídicas.

O subprincípio da idoneidade estabelece que a solução proposta para a colisão de princípios deve ser aquela que promove o fim de realizar o direito fundamental a ser constitucionalmente protegido, isto é, exclui-se meios que não concretizam o princípio utilizado na justificação. O subprincípio da necessidade define que a solução deve ser aquela que menos influencia o princípio restringido ao mesmo tempo que concretiza de forma satisfatória o princípio contraposto, em outras palavras, afasta medidas que não realizam o objetivo com a menor restrição possível para o direito em colisão.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade restrita examina a comprovação do grau de restrição de um princípio, a comprovação da concretização do outro princípio e a relação de prevalência, isto é, se a importância do cumprimento de um princípio justifica a restrição noutro. Trata-se, de forma sintetizada, de verificar se a solução da colisão promove um ganho sistemático dos direitos fundamentais, otimizando a norma segundo as possibilidades jurídicas.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

3. Análise de casos práticos

Nesse ponto, analisam-se petições iniciais de ações diretas de inconstitucionalidade que se utilizam do princípio da proporcionalidade para justificar eventual inconstitucionalidade. Pelo espaço limitado da presente coluna, três ações foram escolhidas – representando diferentes legitimados no controle concentrado de constitucionalidade. As ações são as ADI nº 6.218, ADI nº 6.354 e ADI nº 6.239. O exame será concentrado nos argumentos relacionados ao princípio da proporcionalidade e sua estruturação.

A ADI nº 6.218 versa sobre pedido de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º e da alínea "e" do inciso VI do art. 30 da Lei Estadual nº 15.223/2018 do Rio Grande do Sul. O proponente da ação é o Partido Liberal – PL – que tem como principal argumento a inconstitucionalidade formal da lei por violação da competência da União Federal.

O argumento da proporcionalidade é levantado na página 13 da ação, no tópico da medida cautelar, da seguinte forma:

ou seja, a lei objurgada, ao proibir a pesca com a utilização de rede de arrasto tracionada por embarcações motorizadas, nas 12 milhas náuticas da zona costeira do Estado, restringe, de forma arbitrária e desproporcional, a liberdade profissional dos pescadores que desenvolvem suas atividades na respectiva área, em notória violação aos princípios do livre exercício profissional e do devido processo legal substancial, previstos no art. 5º, incisos XIII e LIV, da Constituição Federal (…).

Vale ressaltar que não há, em nenhum lugar da ação, a explicação da razão da lei atacada, ao fazer a mencionada proibição, restringir de forma desproporcional a liberdade profissional dos pescadores. Advirto: não há qualquer análise do mérito da ação, que está bem fundamentada a partir da inconstitucionalidade formal. Contudo, esta – a violação das competências constitucionais – não pode se confundir com aquela – proporcionalidade ou não da medida. Como recorrentemente lembrado por Streck: não se pode falar qualquer coisa de qualquer coisa. Há uma teoria que estrutura e condiciona a utilização dos argumentos jurídicos. Há uma comunidade de intérpretes e uma tradição que norteia a fundamentação. A linguagem, na sua essência, é pública, não estando à livre utilização e manipulação do falante.

A ADI nº 6.239, por sua vez, trata sobre pedido de declaração de inconstitucionalidade de diversos artigos da nova Lei de Abuso de Autoridade. A ação foi proposta pela AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil. Nessa, analisa-se a construção argumentativa exposta para fundamentar a inconstitucionalidade do art. 20 da Lei de Abuso de Autoridade. O principal argumento é que o dispositivo criminaliza conduta já protegida pelo Estatuto da Advocacia. O argumento da proporcionalidade é utilizado da seguinte forma:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O princípio do livre exercício da função jurisdicional resta violado (art. 5º, inciso XIII, e art. 95 da Constituição da República), uma vez que o dispositivo impugnado suprime a liberdade do magistrado de conduzir o processo judicial à luz das circunstâncias fáticas que permeiam o caso concreto, afastando, igualmente, a incidência do sistema recursal. Criminalizar conduta que pode ser corrigida pelos meios processuais já inseridos no ordenamento jurídico ofende, do mesmo modo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por tais razões, o art. 20 da Lei de Abuso de Autoridade merece a declaração de inconstitucionalidade por essa Suprema Corte.

Novamente, ressalto que não há qualquer análise do mérito da ação. Contudo, o proponente não se desincumbe do ônus argumentativo de explicar o porquê da criminalização de conduta que pode ser corrigida por outros meios processuais ofender a proporcionalidade. Não há relação lógica direta entre a assertiva e a conclusão. Inclusive, o ordenamento jurídico criminaliza diversas condutas que podem ser corrigidas por outros meios como os crimes contra a honra e a responsabilização criminal ambiental.

O mesmo pode ser identificado na ADI nº 6.354, que trata sobre a inconstitucionalidade de alguns artigos da Medida Provisória nº 927 de 2020 – responsável por flexibilizar a legislação trabalhista na crise pandêmica -, que utiliza-se do argumento da proporcionalidade, na página 12, para justificar tanto a inconstitucionalidade como a concessão da liminar. O autor utiliza um bom argumento sobre a correlação entre a possibilidade de prorrogação dos acordos e convenções coletivos vencidos ou vincendos, o desequilíbrio na prorrogação a critério exclusivo do empregador e a proporcionalidade. Contudo, esta não é desenvolvida nem explicada, limitando-se, o proponente, a argumentar que a prorrogação pelo empregador é desproporcional por desequilibrar os atores coletivos trabalhistas.

4. A responsabilidade dos participantes do discurso

A qualidade do discurso depende, intimamente, da qualidade dos participantes. Alexy explica que um dos objetivos da sua teoria é elaborar regras e formas do discurso que garantam a sua racionalidade. Contudo, esse código do discurso prático racional e da argumentação jurídica possui uma debilidade. Essa consiste na formulação, de certa forma, ideal de algumas normas, razão pela qual elas apenas serão cumpridas de forma aproximada.

Destarte, pode-se formular que o cumprimento das regras tanto da argumentação como da ponderação propostas por Alexy depende dos participantes do discurso jurídico, o que afetará diretamente a racionalidade das decisões. Isso significa que uma baixa exigência de racionalidade por parte dos participantes do jogo de linguagem do direito promove, potencialmente, um decréscimo de racionalidade nas decisões judiciais, isto é, diminui a exigência de uma fundamentação clara e racional.

No caso, percebe-se certo déficit na aplicação da teoria e da tradição que envolve o princípio da proporcionalidade. Isso apesar do controle concentrado de constitucionalidade perante a suprema corte ser um dos principais mecanismos institucionais de limitação de poder e proteção do Estado Democrático de Direito e da inegável qualidade das bancas de advocacia, das procuradorias e das demais funções essenciais à Justiça que regularmente participam desse jogo de linguagem próprio.

Na realidade, formou-se, como já denunciado por diversas vezes pelo professor Streck, uma tradição inautêntica de recurso ao argumento da proporcionalidade como mero artifício retórico sem qualquer normatividade ou racionalidade. Com isso, o problema de decisões judicias que se utilizam dessa (falsa) estrutura argumentativa para maquiar discricionariedades é reforçada pelos participantes do discurso que

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

internalizaram essa prática e, atualmente, dela recorrem na fundamentação de ações constitucionais – com notável arbitrariedade. Uma possível solução para a problemática é, simplesmente, levarmos o discurso jurídico e o argumento da proporcionalidade a sério. Não haverá melhora na qualidade das decisões judiciais sem o necessário estudo e compromisso teórico com as bases da atividade argumentativa que é o direito. O Estado Democrático de Direito, assim, exige *responsabilidade* de *todos* os participantes do discurso jurídico.

---

1 Nessa linha, alguns artigos, pelo acerto da crítica, merecem ser relembrados. A posição de destaque é do prof. Lenio Streck, que há décadas denuncia a discricionariedade judicial. Nessa linha, indico os seguintes textos: https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto ; e https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexy-problemas-teoria-juridica-filosofia .

2 A apresentação do princípio da proporcionalidade será feita conforme proposta de Robert Alexy e não da dogmática dos direitos fundamentais do Tribunal Constitucional Federal alemão.

3 ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017.

4 Conforme pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros na parte de autores de obras filosóficas mais citados. Disponível em: https://222.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf>.

5 https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexy-vulgata-ponderacao-principios

Date Created
11/07/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.