

Princípio da Proporcionalidade: Aspectos históricos e sua instrumentalidade na prestação jurisdicional penal-constitucional

Principle of proportionality: Historical aspects and its instrumentality in criminal-constitutional judicial provision

DOI 10.5281/zenodo.13858493

Rouseane Letícia Chaves de Oliveira ¹

271

Resumo: A pesquisa tem por objetivo fazer uma breve contextualização histórica do Princípio da Proporcionalidade a fim de embasar a análise da utilização do instituto como instrumento atual e indispensável na prestação jurisdicional brasileira. Para tanto o artigo utiliza a doutrina nacional e estrangeira especializada na temática. Como justificativa, reforçamos a necessidade de estudos que possam contribuir no debate e construção de um Constitucionalismo Global que aponta para a formulação de estruturas transnacionais essenciais para o Direito Penal, como é o Princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade. Historicidade. Instrumentalidade.

Abstract: The aim of this research is to provide a brief historical contextualization of the Principle of Proportionality in order to support an analysis of its use as a current and indispensable instrument in Brazilian. To this end, the article uses national and foreign doctrine specializing in the subject. As a justification, we reinforce the need for studies that can contribute to the debate and construction of a Global Constitutionalism that points to the formulation of essential transnational structures for criminal law, such as the Principle of Proportionality.

Keywords: Principle of Proportionality. Historicity. Instrumentality

¹ Mestranda em Direito Penal pela Faculdade Damas, com área de concentração em História do Pensamento Jurídico na linha de pesquisa História das Ideias Penais. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Maurício de Nassau (2007), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2010) e Direito Notarial e Registral (2014). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (1997) e em Serviço Social pela Universidade Federal de Pernambuco (1996). E-mail: rouseanechaves@gmail.com

Recebido em: 01/08/2024

Aprovado em: 29/09/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



1 Introdução

A ideia de proporcionalidade surge na Antiguidade mais precisamente na Lei do Talião, a qual consistia numa reciprocidade entre a reação do ofendido e a ação de um ato de natureza lesiva do agressor.

Após o Iluminismo, a concepção de proporcionalidade, na seara criminal, foi se aprimorando até que o Estado avoca o poder-dever de punir e tutelar a defesa de interesses jurídicos por meio da aplicação de uma pena baseada na ideia de proporcionalidade entre a pena e o delito praticado.

No século XIX, os juristas alemães aprimoraram o conceito de Princípio da proporcionalidade, o qual embora não tenha sido recepcionado explicitamente pela Carta Magna de 1988 foi consagrado pela doutrina e jurisprudência brasileira como princípio constitucional implícito, por ser oriundo dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Desde então, o Princípio Constitucional da Proporcionalidade é, frequentemente, utilizado na jurisprudência brasileira como marco teórico para solução de colisão de direitos fundamentais mediante a ponderação de interesses envolvidos nos casos concretos.

Atualmente, há um movimento internacional de juristas que primam pela edificação de um Constitucionalismo global que aponta para a formulação de estruturas transnacionais essenciais para o Direito Penal e para segurança jurídica da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, o Princípio da Proporcionalidade seria um desses instrumentos que promovem uma prestação judicial justa, segura e alinhada à concepção de Estado Democrático de Direito.

2 A lei do talião

A ideia de proporcionalidade, na seara penal, não é recente. Os primeiros registros dela estão previstos na Lei do Talião que consistia numa retaliação do ofendido a um ato de natureza lesiva de um agressor.

A lei do Talião parte da concepção que deve existir uma proporcionalidade entre a agressão sofrida e da ação de agressão praticada através da expressão “olho por olho, dente por dente” a fim de que aquele que provocou a lesão não fique impune perante o agredido

pela prática de ato lesivo.

As escrituras bíblicas também contemplaram a Lei de Talião no Livro de Êxodo 21:12, 23, 24 ao dispor que: “Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.” Essa expressão também é encontrada no Código Hamurabi e na Lei das XII Tábuas.

Ferrajouli ensina que a Lei do Talião traz a idéia de pena como uma concepção naturalística contributiva que equipara a qualidade da pena à qualidade do delito praticado, ou seja, aquele que cometesse um homicídio, seria apenado com a pena de morte pela concretização do delito. Para o jurista esse entendimento dificultou a formalização e a tipificação das penas, pois a variedade de crimes implicaria em inúmeros tipos de pena².

Assim, inicialmente, a ideia de proporcionalidade proibiu a força da polícia estatal de ir além do exigível para alcançar as suas finalidades precípuas de manutenção e legitimação dos direitos dos cidadãos³.

3 O Princípio da Proporcionalidade no Iluminismo

A ideia de limitação do poder estatal atravessou as sociedades e ao longo dos anos foi sendo aprimorada para trazer mais segurança aos cidadãos frente ao aparelho estatal.

Assim sendo, na Idade Média, já encontramos na Magna Carta inglesa assinada, em 1215, pelo Rei João sem Terra limitações dos poderes do rei,⁴ que se viu obrigado pelos nobres, em virtude da grande elevação de tributos, a assinar o supracitado documento que limitava os seus poderes através da implementação do devido processo legal que estava fundamentado na ideia de proporcionalidade do estado de polícia⁵.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 6 ed. Roma, Laterza, 200. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.312-313.

³ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005p. 156.

⁴ CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. **A Magna Carta: conceituação e antecedentes**. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>

⁵ “Art. 20: Não se poderá multar um homem livre por pequena transgressão, exceto de acordo com o grau de transgressão; e por transgressão grave será multado de conformidade com a gravidade.” “Art.39. Nenhum homem será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.” Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4560150/mod_resource/content/2/TEXT0%201.1%20Magna%20Carta.pdf

Ressaltamos que o conceito de atividade policial, deste período, é diferente do que se entende, hoje, pois, naquela época, o poder de polícia era aplicado a toda atividade estatal, enquanto que, hoje, entende-se como aquele oriundo do Direito Administrativo.

Destarte, a Magna Carta de 1215 num contexto histórico-político de supremacia do absolutismo, concebeu o Princípio da Proporcionalidade ao estabelecer uma necessária proporcionalidade entre a infração cometida e a pena aplicada pelo Estado.

Do exposto, o princípio da proporcionalidade, ainda que de forma incipiente, nasce formalmente junto com as primeiras normas constitucionais, alcançando o seu desenvolvimento, no Iluminismo, com a criação do Estado de Direito que primou pelo o agir social sem excessos e pela limitação do poder estatal.

Com a queda do absolutismo, o Iluminismo como movimento intelectual europeu do século XVIII que combateu o Regime Monárquico, colocou o homem no centro do mundo, atacou a fé em nome da razão, defendeu as liberdades individuais e o desenvolvimento científico.

A influência do Iluminismo aconteceu em diferentes áreas da sociedade, dentre elas as ciências jurídicas, a qual promoveu a mudança de pensamento dos intelectuais e estudiosos do direito da época.

Influenciado por este movimento intelectual, em 1747, Montesquieu escreveu a obra o Espírito das Leis. Nela o autor defendeu, no Livro VI das Consequências dos princípios dos diversos governos em relação à simplicidade das leis cívicas e criminais, à forma dos julgamentos, ao estabelecimento das penas, a justa proporção entre as penas e os crimes levando em consideração a harmonia das penas, alegando ser “essencial para que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos⁶.”

Por sua vez, Beccaria defendeu que num Estado de Direito tem-se o interesse na prática de poucos crimes, sendo que os delitos mais prejudiciais à sociedade sejam os mais raros. Desta forma, as legislações que tratam das penas devem ser proporcionais ao dano sofrido e ao interesse público, pois se um pessoa que mata um falcão for apenado da mesma forma que um que falsifica um documento importante estaria aniquilando do coração humano o sentimento de moralidade em razão do não estabelecimento da diferença na penalização

⁶ MONTESQUIEU, Chales de Secondat. **O Espírito das Leis, 1747**. trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes 1996, p.100.

entre os supracitados delitos⁷.

Por fim, Beccaria ensina que o legislador deve estabelecer divisões na distribuição das penas proporcionalmente aos crimes praticados de forma que não se apliquem menores castigos aos maiores delitos⁸.

Do exposto, o racionalismo jurídico do período conduz à premissa que a atividade punitiva estatal deve observar sempre o critério da proporcionalidade.

4 Consagração da Proporcionalidade como princípio constitucional

275

No século XVIII, dá início uma estreita ligação entre a Constituição e o direito penal. Entendo-se, nesse caso, constituição como lei fundamental do Estado que estabelece a forma de governo, divisão de poderes, direitos fundamentais, limitações das ações estatais, dentre outros⁹.

Essa aproximação dos dois ramos do direito, dentre outras coisas, implicou no uso do Princípio da Proporcionalidade, não só no Estado de polícia, como inicialmente, mas também na interpretação do ordenamento jurídico constitucional e na elaboração de normas pelo Poder legislativo¹⁰.

Nesse sentido, esse princípio passa a ser um limitador dos atos estatais, cabendo ao legislador e ao Judiciário, respectivamente, enquanto criadores de normas jurídicas e intérpretes do ordenamento jurídico estarem atentos aos limites adstritos dessa proporcionalidade que é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Em um Estado Democrático de Direito os indivíduos são protegidos de intervenções estatais desnecessárias e excessivas que porventura possam atingir direitos dos cidadãos mais que o necessário para a manutenção dos interesses públicos.

A ponderação da intervenção estatal, sob a perspectiva penal, faz-se necessária para obter a tutela do bem jurídico. Restando claro se compensará o uso do poder punitivo estatal, na tutela jurisdicional, seja na necessidade de reconhecimento constitucional ou material do

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7.^a edição. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000, p.63

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7.^a edição. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000, p.63

⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25

¹⁰ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 159

bem jurídico tutelado.

Agora, o Princípio da proporcionalidade também vai cuidar das questões que envolvem direitos fundamentais, inclusive sendo muito empregado na valoração, ponderação e aplicação de retrições prescritas pelo Estado tanto no âmbito individual dos cidadãos, como no alcance de seus fins.¹¹

Na doutrina, muito se debateu sobre a natureza jurídica da ideia de proporcionalidade, na seara das Ciências Jurídicas, argumentando-se que seria uma regra ou um princípio. Não entraremos no estudo das diversas teorias sobre o tema, contudo, nesse estudo, adotaremos o entendimento de Robert Alexy sobre a Teoria da Norma¹².

Para o autor alemão a regra e o princípios são espécies de normas, pois ambos dizem o deve ser,¹³ sendo a regra um mandato definitivo, uma ordem. Alexy exemplifica como regra, uma norma que proíbe a tortura. Para o jurista, numa regra, o indivíduo cumpre ou não cumpre o comando inserido nela. São portanto normas condicionadas. Assim, um conflito de regras só é resolvido através da inserção de uma cláusula de exceção no texto de uma das regras conflitantes ou com a alegação de invalidade de uma das regras colidentes¹⁴.

Já o princípio é uma norma que leva em consideração, na sua aplicabilidade, as situações fáticas e jurídicas, ordenando que algo seja realizado da melhor forma possível. Os princípios seriam, segundo o autor, mandatos de otimização que se caracterizam pelo fato de poder ser cumpridos em diferentes graus. Assim, a diferença entre regra e princípios consiste na subsunção daquela a um fato jurídico, enquanto que a aplicação dos princípios implica na ponderação de situações fáticas e jurídicas¹⁵.

Alexy ministra que numa colisão entre princípios, no exame de um fato concreto, um deles irá ceder para a aplicação do outro, entretanto o princípio cedente não será considerado inválido, tampouco nele será incluída uma cláusula de exceção, pois o princípio utilizado

¹¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.35

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. Malheiros Editores. São Paulo. 2006.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. Malheiros Editores. São Paulo. 2006, p.87.

¹⁴ ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. Traduzido por Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, 2005, p.157.

¹⁵ ALEXY, Robert. La formula del peso. In: CARBONELL, Miguel(coordenador). **El Principio de Proporcionalidad y protección de los derechos Fundamentales**. Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes. México. 2008, p.12.

prevalece sobre o princípio cedente.¹⁶

Tudo isso acontece, porque os princípios têm pesos diferentes, devendo o princípio com maior peso prevalecer sobre o de menor peso na intervenção estatal, a qual sempre visará alcançar os fins de um Estado democrático de direito. Nesse raciocínio jurídico, Alexy diz que na intervenção estatalo judiciário ou legislativo deverão realizar o sopesamento de direitos fundamentais representados através de princípios colidentes¹⁷.

Importante destacar que foi na Alemanha, onde a ideia de proporcionalidade foi concebida com princípio inerente ao Estado Democrático de Direito; lá se desenvolveu e tomou a forma que utilizamos, hoje, no nosso ordenamento jurídico. Essa concepção de proporcionalidade determinou a obrigatoriedade da adoção do princípio nas intervenções estatais, no âmbito dos três poderes.

Hoje, todos os entes do Estado, nas práticas de ações estatais, devem respeitar a consagração constitucional dos direitos fundamentais, os quais ¹⁸ estão ancorados na concepção de Estado Democrático de Direito que aplica a proporcionalidade para solucionam objetivamente colisões de princípios contrapostos¹⁹.

Ressaltamos que a aplicação do Princípio da proporcionalidade, no campo contitucional, visa, principalmente, salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos frente ao Estado, além de permitir ao judiciário, na prestação jurisdicional, o sopesamento de valores e interesses dos princípios, eventualmente, conflitantes, possibilitando a aplicação do princípio necessário e adequado para a solução do conflito jurídico.²⁰

Nessa esteira, o Princípio da Proporcionalidade é indispensável numa prestação jurisdicional justa que leva em consideração o fato dos direitos fundamentais não serem absolutos, e, portanto, passíveis de sofrer limitações através de interpretações das situações fáticas que envolvam conflitos na aplicação de princípios elencados pela constituição. Ao passo que as regras não permitem a possibilidade de outra solução a não ser a indicada em

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. Malheiros Editores. São Paulo. 2006, p.93.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. Malheiros Editores. São Paulo. 2006, p.99.

¹⁸ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 2003, p. 17.

¹⁹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; NETO, João Costa. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2014, p. 25.

²⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.63

seu texto, devendo ser cumprida conforme o seu dispositivo.²¹

Assim, os princípios podem ser objetos de harmonização e ponderação na aplicação da prestação jurisdicional, ao contrário das regras que estão adstritas apenas ao campo da validade e, portanto, não permitem o uso simultâneo de regras contraditórias, de maneira que esse tipo utilização pelo judiciário, implicará na invalidade das regras ou dos seus conteúdos²².

A fim de harmonizar o interesse coletivo com o interesse individual, atualmente, as Cartas Magnas modernas contemplam os limites do direitos fundamentais, os quais devem ser observados, principalmente pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário no exercício de suas funções.

A doutrina alemã defende que o Princípio da Proporcionalidade tem status de princípio constitucional, pois ele é inerente aos direitos fundamentais, em razão disso, não se faz necessária a sua expressa previsão no texto constitucional para que seja aplicado pelos entes estatais.²³

O Princípio da Proporcionalidade é, frequentemente, utilizado nas Cortes Constitucionais para decidir problemas constitucionais que envolvam a proteção de direito fundamental, a intervenção estatal e a justificação constitucional dessa intervenção, sendo concebido como um princípio indispensável na limitação material do poder estatal frente aos direitos fundamentais²⁴.

No ordenamento jurídico português, o Princípio da proporcionalidade foi previsto no artigo 18, 2 da Carta Magna ao prever que a lei só poderá restringir os direitos, liberdade e garantias nos casos expressos na constituição, devendo as restrições ficarem limitadas ao necessário para assegurar outros direitos ou interesses protegidos constitucionalmente²⁵.

A nossa Constituição Federal de 1988 não contemplou expressamente o Princípio da proporcionalidade no seu texto, entretanto a sua aplicação para dirimir conflitos é amplamente

²¹ CARBONELL, Miguel. Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. (coordenador). **El Principio de Proporcionalidad y protección de los derechos Fundamentales**. Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes. México. 2008, p. 8.

²² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.56-57

²³ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 003, p. 18.

²⁴ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 003, p. 15.

²⁵ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Acesso em: 10 jan de 2024. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

aceita pela jurisprudência pátria e doutrina, sendo usada para ponderar direitos fundamentais e princípios, conflitantes e existentes, sob égide de um Estado democrático de Direito²⁶.

5 O Princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Com objetivo de evitar decisões arbitrárias, desproporcionais e excessivas, a jurisprudência e a doutrina alemã, desenvolveram uma forma de aplicação do princípio da proporcionalidade que deve ser respeitada pelos entes estatais no exercício de suas funções²⁷.

Essa aplicação de proporcionalidade, na esfera estatal, é um aparato utilizado, principalmente, no âmbito do poder Legislativo e Judiciário como forma de efetuar o controle dos atos do poder público²⁸.

Posto isto, torna-se obrigatório, como vimos anteriormente, a utilização do Princípio da proporcionalidade pelo judiciário, na apreciação de matérias constitucionais que envolvam princípios constitucionais conflitantes, incluindo-se nela as matérias penais com repercussão constitucional.

Alexy, em sua doutrina, diz que três subprincípios estão contidos no Princípio da Proporcionalidade, sendo eles: O princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.²⁹

A utilização do Princípio da Proporcionalidade, na apreciação da matéria constitucional, materializa-se num procedimento que envolve um raciocínio graduado composto de três filtros: adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito (axiológico).³⁰

Destarte, a análise da adequação precede o juízo da necessidade, o qual antecede o da proporcionalidade em sentido estrito.

O Princípio da proporcionalidade(*Verhältnismässigkeitsprinzip*) requer que o Poder

²⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 180

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n.º 798.2002, p. 24

²⁸ DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. **Proporcionalidade legislativa penal**. São Paulo, SP: Editora Liber Ars, 2020, p.164.

²⁹ ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. Traduzido por Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, 2005, p.159

³⁰ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161

Legislativo e o Poder Judiciário adotem, para o alcance de seus fins, meios adequados (*Geeignetheit*), necessários (*Erforderlichkeit*)³¹ e proporcionais, tudo em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Essa graduação, trata-se, primeiramente, do descarte da ação estatal (meio) inadequada, ou seja, será eliminado pelo Poder judiciário e pelo Poder Legislativo, no exercício de suas atribuições, o meio estatal que não respeitar a idoneidade, isto é, que não seja apto para alcançar o fim atribuído pelo Direito Penal, o qual deve ser contextualizado sob a égide do Estado Democrático de Direito.³²

Em outras palavras, somente a intervenção estatal adequada poderá se qualificar para as fases seguintes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.³³

No juízo de adequação, o judiciário e o legislativo averiguam se a sua intervenção estatal (meio) é compatível para se atingir o fim almejado.³⁴

Desse modo, na prestação jurisdicional constitucional, o judiciário deverá a partir das possibilidades jurídicas existentes do fato a ser examinado, averiguar qual ou quais princípios colidentes serão usados para fundamentar uma decisão que alcance o fim pretendido por um Estado Democrático de Direito³⁵.

Assim, a adequação expressa a relação entre ação estatal adotada e o fim pretendido. Por conseguinte, nesse primeiro filtro, será analisado se o meio escolhido pelo judiciário é apto e idoneo para o alcançar o fim desejado que expressa o interesse público sobre medida a ser adotada.

Na segunda etapa de averiguação, o ente estatal deve constatar se o ato do estado (meio) além de exigível é o menos gravoso para alcançar o fim determinado³⁶, e, portanto, necessário para a limitação do direito fundamental apreciado na prestação jurisdicional, pois como vimos, anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer limitações estatais.

³¹ MENDES, Gilmar. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, Vol. I, n.º 5, Salvador: BA, p. 2.

³² BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.118.

³³ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 003, p. 20.

³⁴ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

³⁵ DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. **Proporcionalidade legislativa penal**. São Paulo, SP: Editora Liber Ars, 2020, p.165

³⁶ ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. Traduzido por Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, 2005, p.160

Em outras palavras, um meio é considerado como necessário se, entre todos os meios adequados para promover o fim almejado³⁷, for o menos restritivo aos direitos fundamentais apreciados no caso concreto³⁸.

Do exposto, um dispositivo legal será considerado inconstitucional por infringir o Princípio da Proporcionalidade quando se puder alcançar os fins almejados através de outros meios menos lesivos.

Importante ressaltar que não basta o juízo de adequabilidade e necessidade para considerar uma ação estatal como proporcional, pois essa qualificação depende da realização do exame de um último filtro, a proporcionalidade em sentido estrito³⁹.

No juízo da proporcionalidade em sentido estrito, a apreciação pelo ente estatal se limitará a uma ponderação axiológica de interesses jurídicos conflitantes.⁴⁰

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado na doutrina como o princípio da justa medida, o magistrado vai ponderar os interesses jurídicos envolvidos no caso em análise.⁴¹

Nele o juiz diante do conflito existente entre princípios, analisará qual princípio deverá prevalecer na prestação constitucional do caso concreto de forma que o princípio aplicado pelo ente estatal não seja desproporcional ao fim almejado por um Estado Democrático de Direito⁴².

Klatt e Meister pregam que no juízo de adequação e necessidade, o operador do direito deve analisar se a intervenção estatal será otimizada em face das circunstâncias fática do caso concreto, enquanto que no sopesamento e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) ocorrerá a verificação da otimização sob o ponto de vista das circunstâncias jurídicas do caso concreto em que se a colisão de princípios constitucionais⁴³.

Importante ressaltar que a nível internacional a doutrina vem discutindo e primando

³⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304-305

³⁸ MENDES, Gilmar. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, Vol. I, n.º 5, Salvador: BA, p. 2.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n.º 798.2 002, p. 40

⁴⁰ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 003, p. 36.

⁴¹ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.166

⁴² FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.166

⁴³ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; NETO, João Costa. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2014, p. 25.

por um Constitucionalismo Global que aponta para a formulação de estruturas transnacionais essenciais para o Direito público e, dentre elas, está inserido o princípio da proporcionalidade⁴⁴.

Nesse sentido, a aferição da proporcionalidade em sentido estrito deve seguir um raciocínio lógico que valere uma ação estatal como proporcional ou desproporcional sob o ponto de vista formal e, portanto, materialmente neutra e com aplicabilidade universal.

Barroso⁴⁵ ensina que na aplicação do Princípio da Proporcionalidade, o judiciário pode invalidar atos administrativos e legislativos que interpretados, conforme a Carta Magna seja inidôneo por inadequação entre o fim perseguido e o meio empregado (adequação); ou ainda, quando a medida adotada não seja necessária ou exigível, neste caso, existindo outra forma de intervenção estatal (meio) menos gravosa para alcançar o mesmo resultado e, por fim, desproporcional.

Destarte, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade é um processo seletivo classificatório, eliminatório e axiológico em que serão classificados apenas os meios considerados adequados e eliminados os inexigíveis. Enquanto que no processo axiológico o magistrado analisará, a ponderação dos bens jurídicos ou direitos conflitantes, as vantagens e desvantagens para o direito fundamental atingidos pela intervenção estatal e o fim almejado pelo Estado nesta intervenção.⁴⁶

Do que foi exposto, o Princípio da proporcionalidade é utilizado pelo Poder Judiciário para demarcar materialmente a ação estatal na limitação dos direitos fundamentais a fim de solucionar problemas de repercussão consitucional que envolvam direitos individuais, intervenção estatal e justificação constitucional desta intervenção⁴⁷.

6 Conclusão

Do exposto, concluímos que o Princípio da proporcionalidade é importante para o alcance e consecuições de um Estado de Democrático de Direito, sendo indispensável como um

⁴⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; NETO, João Costa. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2014, p. 24.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304-305

⁴⁶ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 003, p. 20,36.

⁴⁷ MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, 003, p. 15.

critério dogmático na solução de princípios constitucionais colidentes definindo as áreas (núcleos) de proteção e limitação dos direitos fundamentais nos casos concretos de apreciação judicial que envolvam matéria Penal.

Nesse sentido, determina a proteção do indivíduo frente as intervenções do Estado classificadas como inadequadas, desnecessárias e desproporcionais que possam gravar mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

A instrumentalização do Princípio da Proporcionalidade pelo Judiciário vem atender a necessidade do moderno Estado Constitucional que não se preocupa apenas com os requisitos de regularidade formal da prestação jurisdicional, mas também com intervenção estatal que expresse a justiça sob o ponto de vista material.

Importante ressaltar que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade pelo Judiciário não deve ser fruto da retórica como temos vistos nos últimos anos nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que vem citando o supracitado princípio sem analisar nos casos concretos a sua instrumentalidade sob a perspectiva dos filtros de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Hoje, vemos que as decisões da nossa Corte Constitucional aplicam o Princípio da Proporcionalidade para proferir decisões de cunho políticos baseadas em argumentação retórica em vez de realizar uma prestação jurisdicional que promova uma revisão jurídica que utilize integralmente os fundamentos do supramencionado princípio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. Traduzido por Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, 2005.

ALEXY, Robert. La formula del peso. In: CARBONELL, Miguel(coordenador). **El Principio de Proporcionalidad y protección de los derechos Fundamentales**. Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes. México. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva da. 5 ed. Alemã. Malheiros Editores. São Paulo. 2006.

ASÚA, Luis Jiménez. **Principios de Derecho Penal**. La ley y el delito. 1967. Disponível: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf> . Acesso: 2 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7.^a edição. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2000.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARBONELL, Miguel. Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. (coordenador). **El Principio de Proporcionalidad y protección de los derechos Fundamentales**. Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes. México. 2008.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. **A Magna Carta: conceituação e antecedentes**. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. Acessível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>

DE FILLIPO, Thiago Baldani Gomes. **Proporcionalidade legislativa penal**. São Paulo, SP: Editora Liber Ars, 2020.

DINIZ, Márcio e ALBUQUERQUE, Teoria do Direito e do Estado em Santo Tomás de Aquino, **Revista Pensar/Fortaleza**, V, 3/Nº3/p. 58-75/Jan. 1995

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 6 ed. Roma, Laterza, 200. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz; NETO, João Costa. A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, 2014, p. 23-41.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, v. 3, n. 5, p. 15-45, 2003.

MENDES, Gilmar. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, Vol. I, n.º 5, Salvador: BA, p.1-20

MONTESQUIEU, Chales de Secondat. **O Espírito das Leis, 1747**. trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes 1996.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Acesso em: 10 jan de 2024. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n.º 798.2 002, p. 23-50.