

# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA<sup>1</sup>

Camila de Azevedo Antunes<sup>2</sup>

Bárbara Mendonça Bertotti<sup>3</sup>

Resumo: Muito se tem discutido, recentemente, acerca da fundamentação das decisões judiciais, em especial das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente nas quais são embasadas no princípio da proporcionalidade decorrentes de uma colisão entre direitos fundamentais. A partir deste cenário, o presente artigo tem por finalidade analisar algumas decisões de Ação Direta de Inconstitucionalidade que envolvam a colisão de direitos fundamentais, de modo a se verificar como o STF aplica o princípio da proporcionalidade nos acórdãos. A conclusão obtida é a de que, no Brasil, não existe uma admissão

---

<sup>1</sup> Este artigo resultou de pesquisa voluntária promovida pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná por meio do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), no ano de 2017.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR- Brasil). Pesquisadora de Iniciação Científica pela Fundação Araucária em matéria de Direito Constitucional, com foco nos Direitos Sociais. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, vinculado ao PPGD/PUCPR. Principais áreas de pesquisa: Direito Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista CAPES) (Curitiba, PR- Brasil). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres.

completa da Teoria dos Direitos Fundamentais, visto que tal princípio é, na maioria das vezes, fundamentado de forma parcial ou irregular. Ainda, pode-se observar que os desdobramentos deste princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) apresentam certa vagueza e problemas de aplicação. A metodologia utilizada na pesquisa é a hipotético-dedutiva.

Palavras-Chave: Brasil; Supremo Tribunal Federal; pesquisa empírica; princípio da proporcionalidade; ações diretas de inconstitucionalidade; direitos fundamentais.

#### THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN CASES OF DIRECT ACTION FOR DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY IN RESPECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A CRITICAL ANALYSIS

Abstract: Recently much has been discussed about the rationality of judicial decisions, in particular the decisions by the Supreme Court, mainly on which are based on the principle of proportionality arising from a collision between fundamental rights. From this context, this article aims to analyse some direct action for declaration of unconstitutionality decisions involving the collision of fundamental rights, in order to check how the Federal Supreme Court applies the principle of proportionality in its decisions. The conclusion obtained is that in Brazil there is not a full admission of the theory of fundamental rights, since the principle is grounded partially or irregular. Still, it can be observed that the consequences of this principle (adequacy, necessity and proportionality in the strict sense) have a certain vagueness and implementation problems. The methodology used in the research is the hypothetical-deductive one.

Keywords: Brazil; Federal Supreme Court; empirical research; principle of proportionality; direct action for declaration of unconstitutionality; fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve contextualização sobre a distinção entre regras e princípios e sobre o princípio da proporcionalidade; 3. Pesquisa empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal em casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que envolvam direitos fundamentais; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO



Constituição Federal brasileira de 1988 se consolidou em um momento histórico de pós-guerra, sob a influência da doutrina constitucional alemã, conferindo assim ampla proteção aos direitos fundamentais. Precipuamente na condição de princípios, as normas desta categoria de direitos têm aplicabilidade imediata e são consideradas mandamentos de otimização, devendo ser concretizadas, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas presentes, em seu maior nível.

Em decorrência deste regime jurídico especial para os direitos fundamentais, assim como a ausência de hierarquia entre eles, surgem os desafios do sopesamento de princípios e de sua fundamentação nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual tem como função precípua guardar a Constituição.

Neste sentido, o jurista alemão Robert Alexy desenvolveu o princípio da proporcionalidade, teoria predominante na fundamentação das decisões dos ministros do STF, principalmente nos casos envolvendo restrições a direitos fundamentais. No entanto, não existe qualquer espécie de controle dessas decisões, uma vez que o STF representa o órgão máximo do poder judiciário brasileiro. Esta falta de controle possibilita o

surgimento de determinados problemas, como decisões arbitrárias e o decisionismo, o que pode comprometer a legitimidade do processo.

Hodiernamente, é evidente a busca excessiva pelo poder judiciário, tornando-o sobrecarregado. Em consequência disso, vê-se, a todo instante, a colisão entre princípios na jurisprudência nacional e o princípio da proporcionalidade busca, por meio da ponderação, solucionar de forma equilibrada esses conflitos. O conceito de proporção é algo recorrente na Ciência do Direito e já estava presente no ditame romano “*Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*”,<sup>4</sup> o qual expõe a ideia de dar a cada um o que lhe pertence.

A partir deste contexto, este trabalho se propõe a analisar como os ministros do STF vêm aplicando os fundamentos teóricos de Alexy nas decisões de Ação Direta de Inconstitucionalidade que envolvem a colisão de direitos fundamentais. Esta é uma temática de grande relevância, visto que é necessário conhecer e investigar as técnicas utilizadas pelo judiciário para solucionar os conflitos da sociedade, pois os episódios de colisão entre princípios são comuns em decorrência da pluralidade de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Dessa forma, em um primeiro momento o artigo busca evidenciar como a doutrina nacional e a estrangeira entendem a distinção entre regras e princípios, bem como apresentar a noção do princípio de proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy.

No segundo momento, é realizada uma análise empírica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos casos de ação direta de inconstitucionalidade envolvendo restrições a direitos fundamentais, de modo a esclarecer se os ministros do STF, em suas decisões, fundamentam de forma correta o princípio da proporcionalidade, aplicando-o por meio dos três requisitos propostos por Alexy, da adequação, da necessidade e da

---

<sup>4</sup> ULPIANUS, Eneo Domitus. *Jurista Romano*.

proporcionalidade em sentido estrito.

A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, de maneira que a partir de uma análise empírica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se demonstre a hipótese de que as decisões baseadas no princípio da proporcionalidade são fundamentadas de forma parcial ou irregular.

## 2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A ciência do Direito ao interpretar e compreender as normas de direitos fundamentais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro dividiu-as em princípios e regras. Assim, há normas-regra e normas-princípio. Existem dois critérios de distinção entre as regras e os princípios: (i) segundo o grau de fundamentalidade da norma e (ii) segundo a forma de aplicação da norma.

(i) Com relação ao primeiro critério, os princípios são as normas mais importantes do sistema e as regras seriam as demais normas. Essa primeira corrente é seguida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor elaborou essa distinção em 1971, passando a ser utilizada por vários autores. Para ele, princípios são normas estruturantes, verdadeiros alicerces do sistema, conferindo estrutura lógica e harmônica. Esse conceito não está preocupado com a forma de aplicação do princípio e da regra admitindo, portanto, princípios e regras absolutos e relativos.<sup>5</sup> Essa distinção é utilizada na Alemanha por Karl Larenz.<sup>6</sup>

Importante ressaltar que o direito positivo brasileiro, ao falar em princípios, utiliza este critério de distinção, ao tratar,

---

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 882.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

por exemplo, do princípio da legalidade,<sup>7</sup> princípio da capacidade contributiva<sup>8</sup> e do princípio da moralidade.<sup>9</sup>

(ii) Para a segunda corrente, o que distingue princípios e regras não é a importância que a norma tem no ordenamento, mas sim como elas se aplicam. Observa-se que este não é um critério quantitativo (grau de fundamentalidade da norma), mas sim qualitativo. Assim, princípios e regras têm uma estrutura lógico-normativa distinta.

A regra consiste em uma norma que traz razões definitivas de decidir, ao passo que os princípios trazem razões *prima facie* de decidir. Logo, os comandos que decorrem da regra são de caráter definitivo. Isso quer dizer que se a regra é válida para o caso, ela se aplica de forma absoluta, não podendo ser relativizada e não dependendo do caso. Além disso, a regra se aplica, quando válida para o caso, integralmente. Quando não válida, não se aplica em nenhuma medida.

Já os princípios são mandamentos de otimização, devendo ser concretizados na máxima medida possível, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas (caso concreto).

Este critério de distinção é utilizado por Ronald Dworkin<sup>10</sup> e Robert Alexy. Para Dworkin, as regras são aplicadas no

---

<sup>7</sup> De acordo com o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>8</sup> Artigo 145, parágrafo 1º da Constituição Federal: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

<sup>9</sup> Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

<sup>10</sup> Dworkin compreende os princípios jurídicos também como espécie do gênero norma e sustenta que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógico-argumentativa, de modo que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

modelo tudo ou nada, quando presentes os pressupostos de incidência de uma regra ao caso concreto, a regra é válida, caso contrário é considerada inválida, apresentando uma diferenciação quanto a estrutura lógica. Em contrapartida, os princípios possuem uma dimensão de peso, quando há colisão entre eles é estabelecida a função da ponderação,<sup>11</sup> levando em conta as circunstâncias normativas e fáticas, para determinar a prevalência de um princípio sobre o outro<sup>12</sup>.

Nesse cenário, Robert Alexy desenvolveu o princípio da proporcionalidade,<sup>13</sup> que é analisado pelos critérios da adequação do meio utilizado para promover o fim, da necessidade que investiga se esse meio empregado é o que menos restringe direitos fundamentais, e da aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação, onde as vantagens promovidas pelo fim devem corresponder às desvantagens provocadas pelo meio.

Para ele, se dois princípios colidem no caso concreto,

---

<sup>11</sup> A partir disso, surgiram algumas teorias que se opõem à ponderação. Ana Paula de Barcelos divide-as entre aquelas oriundas da ideia de limites imanentes, as relacionadas ao conceptualismo e as que propõem uma hierarquização normativa. BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. cap. II e III. <sup>[1]</sup> Alexandre Santos de Aragão adverte que “Com vistas a reduzir a esfera de subjetividade do juiz e do administrador e evitar a blindagem de determinados conceitos, ainda que com certos parâmetros estabelecidos pela doutrina, não se pode aplicar a ponderação imoderadamente como técnica decisória quando houver REGRA expressa razoável sobre a matéria, ainda mais quando a própria regra integrar a Constituição”. ARAGÃO, Alexandre Santos. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 41-65, set./dez. 2014.

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Para Bernal Pulido, o princípio da proporcionalidade tem a função de estruturar o procedimento interpretativo para determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que resultam vinculantes para o legislador e para a fundamentação desses direitos nas decisões de controle de constitucionalidade das leis. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81-90.

precisa-se adotar alguma medida que resolva a colisão a partir da identificação de qual princípio tem um peso maior.<sup>14</sup> Ele instituiu três crivos pelos quais devem passar a colisão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O juízo de adequação não analisa a eficácia do meio escolhido, mas sim se ele é adequado para promover o fim (a medida é adequada para fomentar o fim?). Já a apreciação da necessidade consiste em verificar se o modo escolhido para efetivar um direito é indispensável para sua garantia e não pode ser substituído por outro igualmente eficaz, ou seja, verificar se é o meio que menos restringe direitos fundamentais (esta medida é necessária? Há outra medida menos restritiva do direito que está sendo restringido e que fomente de mesma forma a realização daquele fim? Se houver outra, é porque não é necessária).

Por fim, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito trata-se de um complemento dos anteriores, quando não se pode concluir qual meio é menos restritivo este desdobramento representa um auxílio de suma importância, consiste em aplicar a ponderação entre os direitos, e constatar que as vantagens promovidas pelo fim devem correspondem às desvantagens provocadas pelo meio.

Alexy também estabelece a Lei da Colisão, segundo a qual não há precedência de um princípio sobre outro. Sempre que estiverem presentes determinadas condições fáticas (que sejam iguais) que atraírem a incidência destes mesmos princípios, aplica-se a regra segundo a qual prevalece o Princípio 1 em face do Princípio 2. Em suma: quando as condições fáticas forem as mesmas, se aplica a precedência de um princípio sobre outro. No caso, a aplicação dos princípios gerou uma regra. É o que ele

---

<sup>14</sup> Sobre as críticas a esta solução de conflitos entre princípios, conferir: LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.



chama de prevalência programada.<sup>15</sup>

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal com o passar dos anos vem adotando o princípio da proporcionalidade, desenvolvido por Alexy, que propõe a aplicação de um método racional, pelo qual se pretende chegar à conclusão de um meio menos restritivo de direitos e também o uso indispensável do sopesamento, a fim de evitar o decisionismo, destacando:

“No entanto, a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.”

<sup>16</sup>

### 3. PESQUISA EMPÍRICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CASOS DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE ENVOLVAM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para ilustrar o cenário exposto, optou-se por realizar pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, visto tratar-se da mais importante instância do poder judiciário em âmbito nacional, além de que intensificou com o tempo o uso do sopesamento nas decisões e a teoria de Robert Alexy se tornou comum entre os ministros. O recorte temático da pesquisa compreende as ações Diretas de Inconstitucionalidade que envolvam direitos fundamentais. Ao todo foram analisados 35 acórdãos

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 98-101.

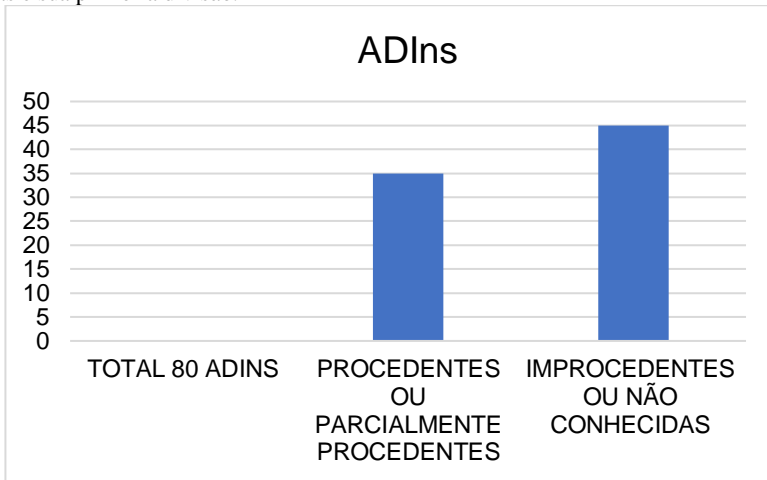
<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

deste tribunal com esse objeto, julgados entre 29 de junho de 1992 e 07 de outubro 2016, totalizando mais de 24 anos de análise (recorte temporal).

O instrumento de busca utilizado foi o sistema eletrônico de pesquisa do STF, usando as expressões “Princípio da Proporcionalidade + ADI” e/ou “Direitos Fundamentais”, que aparecem nas decisões, informações da ementa ou doutrina. Em uma primeira busca de dados foram selecionadas 104 ADIns. Posteriormente, a partir de uma triagem minuciosa e decorrente de julgamentos adiados restaram 80. Desse total, 45 foram julgadas improcedentes ou não foram conhecidas, sendo assim, não cabe utilizar destes acórdãos pois são ausentes de fundamentação pertinente ao tema. Quanto às 35 ADIns restantes, foram analisadas e separadas em grupos a partir dos seguintes questionamentos, que possibilitaram chegar aos resultados descritos adiante:

- (i) Qual foi o direito restringido pelo ato impugnado?
- (ii) A decisão reconheceu a inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade?
- (iii) Houve, no acórdão, alguma preocupação em indicar qual é o fundamento constitucional da proporcionalidade? Se sim, qual o fundamento indicado?
- (iv) Houve, no acórdão, análise expressa da proporcionalidade em cada um dos seus três desdobramentos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)?
- (v) Caso tenha havido decisões que chegaram à segunda etapa (necessidade), houve a verificação da existência ou não de meios menos restritivos ao direito do que a medida prevista pelo ato impugnado, que fossem capazes de promover com a mesma intensidade o objetivo buscado?

Gráfico 1. Apresentação do total de Ações Diretas de Inconstitucionalidades analisadas e sua primeira divisão.



Fonte: confecção própria.

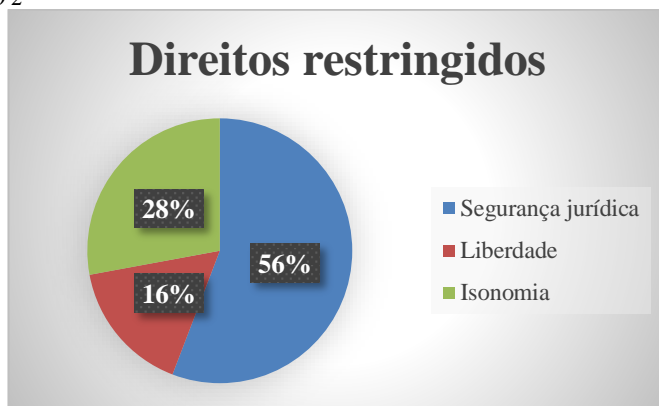
(i) A primeira conclusão que se chega é que foi possível identificar nos julgados analisados a restrição, sobretudo, de três principais direitos, sendo eles a segurança jurídica,<sup>17</sup> a isonomia<sup>18</sup> e a liberdade.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Foi possível observar este resultado nas seguintes decisões: ADI 4965, ADI 3649, ADI 3237, ADI 4425, ADI 4357, ADI 2240, ADI 3112, ADI 1721, ADI 692, ADI 551, ADI 2458 MC, ADI 2225, ADI 5105, ADI 2667 MC, ADI 247, ADI 2623 MC, ADI 2332 MC, ADI 2019, ADI 2028, ADI 1772 MC, ADI 1805 MC, ADI 892, ADI 4792.

<sup>18</sup> Foi possível observar este resultado nas seguintes decisões: ADI 3165, ADI 4650, ADI 4357, ADI 1976, ADI 3453, ADI 1721, ADI 3324, ADI 2623 MC, ADI 2458 MC, ADI 2332 MC, ADI 1922 MC, ADI 5105.

<sup>19</sup> Foi possível observar este resultado nas seguintes decisões: ADI 4650, ADI 4467 MC, ADI 855, ADI 1976, ADI 2623 MC, ADI 1805 MC, ADI 4815.

Gráfico 2

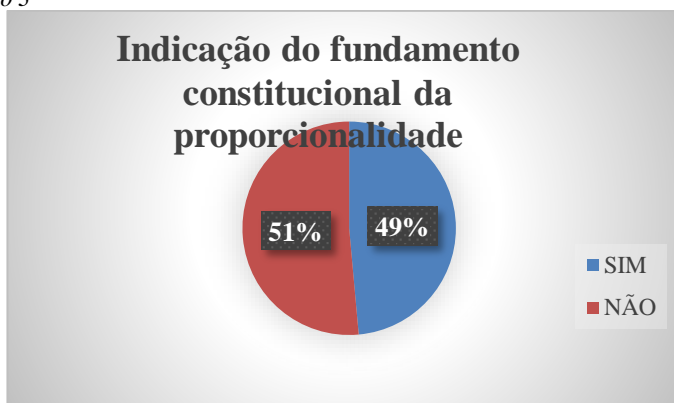


Fonte: confecção própria.

(ii) A segunda conclusão a que se chega é que todas as 35 decisões analisadas reconheceram a inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade.

(iii) A terceira conclusão a que se chega é que dos 35 acórdãos, 17 demonstraram alguma preocupação em indicar qual é o fundamento constitucional da proporcionalidade.

Gráfico 3

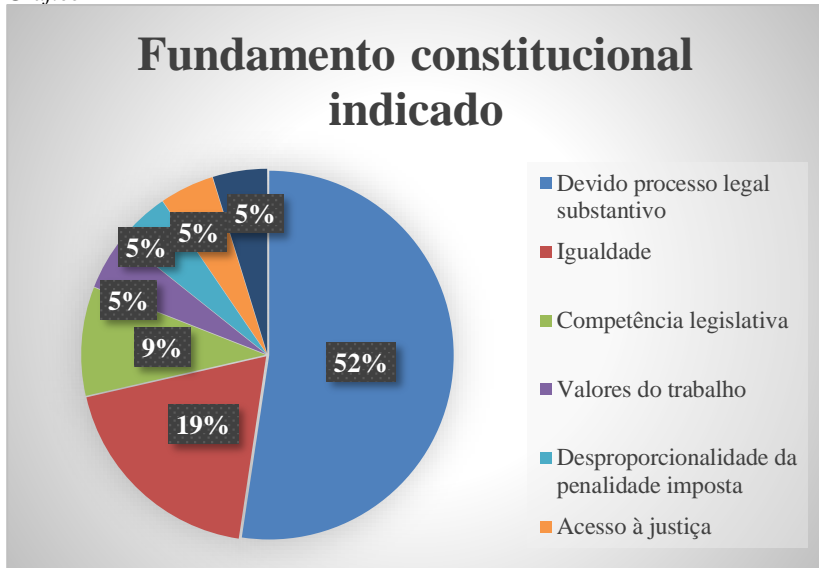


Fonte: confecção própria.

Dos fundamentos indicados, destaca-se o devido processo legal substantivo, presente em 11 dos 17 julgados que fundamentaram constitucionalmente a proporcionalidade. Os

fundamentos dos outros 6 acórdãos foram: igualdade,<sup>20</sup> competência legislativa,<sup>21</sup> valores do trabalho,<sup>22</sup> desproporcionalidade da penalidade imposta,<sup>23</sup> *acesso à justiça*,<sup>24</sup> *autonomia universitária*.<sup>25</sup>

Gráfico 4



Fonte: confecção própria.

(iv) Tomando por base a doutrina de Alexy as decisões proferidas pelos ministros do STF devem ser fundamentadas analisando expressamente os três desdobramentos essenciais da teoria, são eles o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A quarta conclusão após a análise dos

<sup>20</sup> Observou-se este fundamento nos seguintes acórdãos: ADI 855, ADI 1976 (*igualdade material*), ADI 1721, ADI 3324 (isonomia).

<sup>21</sup> Observou-se este fundamento nos seguintes acórdãos: ADI 692 (*competência para leis orgânicas estipularem o número de representantes municipais*), ADI 1976 (usurpação de competência exclusiva da União de legislar sobre direito do trabalho, segundo artigo 22, inciso I, da Constituição Federal).

<sup>22</sup> Observou-se este fundamento no seguinte acórdão: ADI 1721.

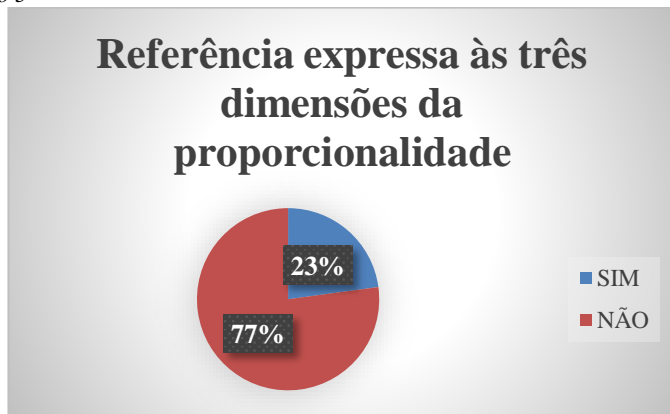
<sup>23</sup> Observou-se este fundamento no seguinte acórdão: ADI 3165.

<sup>24</sup> Observou-se este fundamento no seguinte acórdão: ADI 1976.

<sup>25</sup> Observou-se este fundamento no seguinte acórdão: ADI 3324.

acórdãos é que os ministros não seguem todos os critérios necessários para a correta fundamentação. Das 35 ADIns analisadas, apenas oito decisões fundamentaram expressamente os três desdobramentos exigidos pela teoria do princípio da proporcionalidade. São elas: ADI nº 5311; ADI nº 4467; ADI nº 855; ADI nº 1976; ADI nº 2667; ADI nº 2290; ADI nº 1922 e ADI nº 1805.

*Gráfico 5*



*Fonte:* confecção própria.

(v) Ainda, das 35 ADIns apenas 3 apresentaram uma solução ao critério da necessidade com a demonstração de um meio menos restritivo ao que estava em questão, são elas: ADI nº 3165; ADI nº 855 e ADI nº 4467.

*Gráfico 6*



*Fonte:* confecção própria.

Com base nas respostas obtidas, é possível verificar que não há coerência entre as decisões proferidas pelos ministros e o conceito de princípio da proporcionalidade, uma vez que, este requer a aplicação das três premissas essenciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Após análise, faz-se necessário um esclarecimento sobre as diversas terminologias utilizadas sobre o Princípio da Proporcionalidade, alguns ministros adotam esse conceito como sinônimo de proibição de excesso ou sinônimo de princípio da razoabilidade, por mais que ambos tenham alguma ligação e objetivos semelhantes, não devem ser tratados como sinônimos.<sup>26</sup> O princípio da razoabilidade é muito utilizado pelos americanos onde qualificam os acontecimentos conforme a razão, apresenta um sentido muito amplo que analisa qualquer causa ou motivo. O Supremo Tribunal Federal utiliza essa expressão com frequência e como sinônimo de princípio da proporcionalidade.

Ademais, se adotarmos a teoria de Robert Alexy sobre a distinção entre princípios e regras, a qual ele se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, o princípio da proporcionalidade não pode ser classificado como um princípio, pois não produz efeitos em diversas dimensões, mas sim é aplicado de forma constante e total.

Contudo, foi possível verificar a partir da já referida análise jurisprudencial que o Supremo passou a utilizar-se dessa teoria como um artifício para justificar a escolha de um direito sobre outro, porém, a fundamentação nem sempre cumpre os três pressupostos exigidos, o que acaba levando a decisões menos racionais.

Quanto às características deste princípio, pode-se observar que os conceitos de adequação, necessidade e

---

<sup>26</sup> Sobre a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

proporcionalidade em sentido estrito apresentam certa vagueza, e problemas de aplicação, essas dificuldades devem ser solucionadas para que o princípio da proporcionalidade não se torne um mecanismo para a prática de atos arbitrários, contrariando sua real função.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa empírica realizada é possível evidenciar que o Supremo Tribunal Federal aplica de forma irregular e parcial o princípio da proporcionalidade. O desafio deste trabalho é assimilar os conceitos teóricos trazidos pela doutrina, juntamente com a análise empírica das decisões deste tribunal, passando por todos os critérios necessários para uma investigação minuciosa das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Ressalta-se que foi realizada análise criteriosa quanto ao uso do princípio da proporcionalidade, afastando-se o uso de análise discricionária nas decisões do STF.

A proposta do jurista alemão Robert Alexy pretende buscar uma decisão racional sempre que se verifique a existência de um conflito entre dois direitos fundamentais, através das três premissas básicas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O jurista propõe a elaboração de decisões mais racionais e plausíveis. No entanto, por mais que esta teoria tenha sido recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, não há um consenso em sua aplicação, a depender de cada ministro e do direito em questão.

É possível afirmar que no Brasil não existe uma admisão completa da Teoria dos Direitos Fundamentais, visto que, a partir do resultado da análise jurisprudencial o princípio não é fundamentado de forma completa. Mesmo quando alguns ministros utilizam desta teoria para fundamentar a prevalência de um princípio em relação a outro, essa fundamentação não é feita de forma correta, mas sim de modo parcial e/ou irregular, deixando



de lado algum dos critérios propostos por Alexy.

No entanto, pode-se citar a ADI nº 855-2<sup>27</sup>, onde o STF declarou a inconstitucionalidade da lei que obrigava a pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, o que geraria um ônus excessivo aos vendedores, demonstrando, portanto, a falta de proporcionalidade em sentido estrito, visto que existem outros meios menos restritivos aos direitos atingidos, como a fiscalização por amostragem, este é um dos poucos exemplos onde o princípio da proporcionalidade foi aplicado de forma coerente com a teoria de Alexy.



## 5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 41-65, set./dez. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 855/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em: 01/07/1993, publicado em (DJe): 01/10/1993. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=350879>>. Acesso em 12 mai. 2017.

- BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3165/ SP, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em: 11/11/2015, publicado em (DJe): 10/05/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5105/DF, Relator Ministro Luiz Fuz, julgado em: 01/10/2015, publicado em (DJe): 15/03/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4650/ DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em: 17/09/2015, publicado em (DJe): 24/02/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4815/ DF, Relator Ministra Cármen Lúcia, julgado em: 10/06/2015, publicado em (DJe): 01/02/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4792/ SP, Relator Ministra Cármen Lúcia, julgado em: 12/02/2015, publicado em (DJe): 24/04/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2225/ SC, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em: 21/08/2014, publicado em (DJe): 30/10/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4965/ PB, Relator Ministra Rosa Weber, julgado em: 01/07/2014, publicado em (DJe): 30/10/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3649/ RJ, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em: 28/05/2014, publicado em (DJe): 30/10/2014.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3237/ DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em: 26/03/2014, publicado em (DJe): 19/08/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4425/ DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em: 14/03/2013, publicado em (DJe): 19/12/2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4357/ DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em: 14/03/2013, publicado em (DJe): 26/09/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4638/ DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em: 08/02/2012, publicado em (DJe): 30/10/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4467/ DF, Relator Ministro Ellen Gracie, julgado em: 30/09/2010, publicado em (DJe): 01/06/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 855/ PR, Relator Ministro Sepúlveda Perence, julgado em: 01/07/1993, publicado em (DJe): 01/10/1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2240/ BA, Relator Ministro Eros Grau, julgado em: 09/05/2007, publicado em (DJe): 03/08/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3112/ DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em: 02/05/2007, publicado em (DJe): 26/10/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1976/ DF, Relator Ministro Moreira

- Alves, julgado em: 06/10/1999, publicado em (DJe): 24/11/2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3453/ DF, Relator Ministra Cármen Lúcia, julgado em: 30/11/2006, publicado em (DJe): 16/03/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1721/ DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em: 19/12/1997, publicado em (DJe): 11/04/2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3146/ DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em: 11/05/2006, publicado em (DJe): 19/12/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3324/ DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em: 16/12/2004, publicado em (DJe): 05/08/2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 692/ GO, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em: 29/06/1992, publicado em (DJe): 28/08/1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 551/ RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em: 24/10/2002, publicado em (DJe): 14/02/2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2667/ DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em: 19/06/2002, publicado em (DJe): 12/03/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 247/ RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em: 17/06/2002, publicado em (DJe): 26/03/2004.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2623/ ES, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em: 07/10/2016, publicado em (DJe): 10/05/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2458/ AL, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em: 24/04/2003, publicado em (DJe): 16/05/2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2332/ DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em: 05/09/2001, publicado em (DJe): 02/04/2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2019/ MS, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em: 01/07/1999, publicado em (DJe): 01/10/1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2290/ DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em: 18/10/2000, publicado em (DJe): 23/02/2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2028/ DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em: 11/11/1999, publicado em (DJe): 16/06/2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1922/ DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em: 06/10/1999, publicado em (DJe): 24/11/2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1976/ DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em: 06/10/1999, publicado em (DJe): 24/11/2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1772/ MG, Relator Ministro Carlos

Velloso, julgado em: 15/04/1998, publicado em (DJe): 08/09/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1805/ DF, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em: 26/03/1998, publicado em (DJe): 14/03/2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.