



SENADO FEDERAL
Instituto Legislativo Brasileiro

JOÃO PAULO RECCO DE FÁVERI

A aplicação do princípio da proporcionalidade na análise das Propostas de Emenda à Constituição pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante a 54ª Legislatura.

Brasília
2014

JOÃO PAULO RECCO DE FÁVERI

A aplicação do princípio da proporcionalidade na análise das Propostas de Emenda à Constituição pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante a 54ª Legislatura.

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Me. João Trindade Cavalcante Filho

Brasília

2014

JOÃO PAULO RECCO DE FÁVERI

A aplicação do princípio da proporcionalidade na análise das Propostas de Emenda à Constituição pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante a 54ª Legislatura.

Trabalho apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Legislativo.

Brasília, 05 de dezembro de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Me. João Trindade Cavalcante Filho

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade da vida.

Aos meus pais, Antonio João de Fáveri e Iraide Recco, pelo estímulo aos estudos e por não medirem esforços para que esse fosse meu maior patrimônio.

À minha esposa, Katarina França, pela compreensão e companheirismo de todas as horas. O seu amor sempre me sustentou nos momentos mais desafiadores.

Ao Senador Antonio Carlos Rodrigues, que não somente autorizou minha participação no Curso de Pós-Graduação em Direito Legislativo, como também sempre incentivou este projeto pessoal.

Aos meus colegas de trabalho, que compensaram com inigualável dedicação minha ausência durante o expediente em razão das aulas.

Aos professores e colegas de curso, pelas lições de cada encontro.

“Finalmente, com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, na quantificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais. Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis”.

Paulo Bonavides

RESUMO

O presente trabalho estuda a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle preventivo de constitucionalidade de Propostas de Emendas à Constituição, através da análise crítica aos relatórios apresentados na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante a 54ª Legislatura. A partir da concepção teórica predominante na doutrina brasileira e da conceituação dos princípios como mandamentos de otimização, da colisão de princípios e do princípio da proporcionalidade e seus três elementos parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, analisa-se a correspondência entre a aplicação da proporcionalidade e sua sistematização metodológica. Foram encontrados 220 relatórios apresentados no período, dos quais sete citam explicitamente o princípio da proporcionalidade. Como resultado da análise, concluiu-se que o princípio da proporcionalidade é um critério utilizado para controle preventivo de constitucionalidade, porém as decisões não seguem estritamente a metodologia do princípio. O exame dos elementos parciais da proporcionalidade não é realizado na ordem pré-definida, apresentando problemas de fundamentação. Por fim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são empregados como sinônimos, apesar da distinção metodológica.

Palavras-Chave: Princípio da Proporcionalidade. Colisão de Princípios. Controle Preventivo de Constitucionalidade. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Propostas de Emenda à Constituição.

ABSTRACT

This paper analyzes the application of the principle of proportionality in the preventive control of constitutionality of the Amendment Proposals to the Constitution, based on critical analysis of reports submitted to the Committee on Constitution, Justice and Citizenship of the Federal Senate during the 54th Legislature. Based on concepts more accepted by the Brazilian doctrine, discusses the principles as optimization commands, the collision of principles, the principle of proportionality and its three sub-principles (suitability, necessity and proportionality in a narrow sense) and analyzes the correspondence between application of proportionality and its systematic methodology. This study found 220 reports during the period, seven of which cite the principle of proportionality. As a result of analysis, this paper concluded that the proportionality principle is a criterion used for preventive control of constitutionality, but the decisions not follow the structure and methodology of principle. Partial tests of proportionality aren't conducted in the pre-defined order. Finally, the principles of proportionality and reasonableness are used as synonymous, although the methodological distinction.

Key-words: Principle of Proportionality. Collision of Principles. Preventive Control of Constitutionality. Committee on Constitution, Justice and Citizenship. Amendment Proposal to the Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão)
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	17
2.	REVISÃO DA LITERATURA.....	21
2.1.	Regras e Princípios.....	21
2.2.	Colisões de Princípios	22
2.3.	O conceito da proporcionalidade.....	24
2.4.	A proporcionalidade na ordem constitucional	27
2.5.	Elementos da Proporcionalidade.....	29
2.5.1.	Adequação	30
2.5.2.	Necessidade	31
2.5.3.	Proporcionalidade em Sentido Estrito	33
2.6.	Terminologia	35
2.7.	Emprego da Proporcionalidade	36
2.8.	Críticas à Proporcionalidade	37
3.	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO FEDERAL	39
3.1.	Roteiro para análise da aplicação do princípio da proporcionalidade.....	40
3.2.	PEC n° 47, de 2005	41
3.3.	PEC n° 38, de 2007	43
3.4.	PEC n° 66, de 2007	45
3.5.	PEC n° 82, de 2007	46
3.6.	PEC n° 33, de 2012	49
3.7.	PEC n° 50, de 2012	50
3.8.	PEC n° 57, de 2012	51
3.9.	Conclusões Preliminares	54
4.	CONCLUSÕES.....	55
5.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

Consolidado em nossa doutrina jurídica o entendimento de que os princípios constitucionais não são absolutos e ilimitados, e, portanto, passíveis de ponderação em conflitos no caso concreto, recentemente tem-se discutido a ideia da proporcionalidade, um critério de controle de constitucionalidade que desperta grande interesse de doutrinadores e ordenadores do direito.

Desde o início da década de 2000¹, o Supremo Tribunal Federal – STF tem aplicado sistematicamente a proporcionalidade para fundamentar seus julgados, adotando-a como marco teórico a orientar sua atuação em diversas ações. No entanto, depreendem-se dos trabalhos publicados sobre o tema, investigando as decisões da Corte, inúmeras críticas quanto à efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade.

O professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, afirma que a aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade, e que o recurso pouco ou nada acrescenta à discussão:

“A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘*à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional*’. Apesar de salientar a importância da proporcionalidade ‘*para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais*’, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico”².

Por sua vez, Fausto Santos de Moraes, em tese recente para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos³, após análise de 189 decisões

¹ ARABI, Abhner Youssif Mota. A teoria argumentativa de Robert Alexy e o princípio da proporcionalidade: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n° 21, jan-jul. 2012, p.7. “No Supremo Tribunal Federal brasileiro, verifica-se uma crescente influência do autor [Robert Alexy], principalmente a partir do ano de 2002, ano de ingresso do Ministro Gilmar Mendes na corte suprema. Como se sabe, o referido ministro possui uma formação acadêmica de grande influência germânica, e muito se utiliza de Alexy na proclamação de seus votos e no modo como pensa que deva ser aplicado o Direito”.

² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31, grifos do autor.

³ MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

do STF, observou que não há uniformidade nas decisões, decorrência de uma aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver qualquer tipo de colisão entre princípios. Além disso, quanto à metodologia do princípio da proporcionalidade, o autor não identificou qualquer decisão que tenha seguido a concepção estrutural predominante, que compreende o exame da proporcionalidade a partir de três elementos parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Particularmente, não há correspondência com o modelo proposto por Robert Alexy, o renomado professor da Cátedra de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Christian-Albrechts de Kiel, na Alemanha, que consolidou, sistematizou e desenvolveu teoricamente uma dogmática para lidar com a aplicação das garantias e dos direitos fundamentais, na condição de princípios, através da proporcionalidade:

A possibilidade de justificação (argumentação) racional das decisões judiciais não encontra correspondência nas decisões do STF. O que se pode ver, entretanto, é a incorporação no discurso do STF de fragmentos da teoria de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à aplicação das submáximas da adequação e necessidade ou sopesamento. Apesar disso, não foi possível constatar a preocupação nas decisões com a proposta de legitimar argumentativamente a aplicação das submáximas da proporcionalidade. Portanto, o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy⁴.

E conclui Moraes:

Impera no STF, diante disso, o princípio da proporcionalidade como enunciado performático que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete. [...] o emprego desse recurso à proporcionalidade institucionalizaria a violência simbólica retórica do STF, fazendo com que a legitimidade das suas decisões valesse muito mais pelo seu argumento de autoridade do que pela autoridade do argumento⁵.

As críticas quanto à aplicação da proporcionalidade no STF, sobretudo à falta de precisão quanto à metodologia atinente ao princípio da proporcionalidade e ao caráter meramente retórico de seu emprego, que não permite analisar com mais propriedade os argumentos que fundamentariam as decisões, suscitam semelhante preocupação quanto ao uso desse critério pelas Casas Legislativas no controle preventivo de constitucionalidade.

No Senado Federal, embora o controle prévio de constitucionalidade possa ser realizado por qualquer comissão, ele é competência principal da Comissão de Constituição,

⁴ MORAIS, op. cit., p. 297.

⁵ Ibidem, p. 299.

Justiça e Cidadania – CCJ, a quem incumbe opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas, conforme dispõe o art. 101 do Regimento Interno⁶. Dentre essas matérias, cabe exclusivamente à CCJ emitir parecer a cada Proposta de Emenda à Constituição – PEC que lhe é submetida à apreciação⁷.

As Propostas de Emenda à Constituição foram escolhidas como objeto deste trabalho por sua natureza especial em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o poder constituinte originário estabelece, além de um procedimento mais rigoroso a ser seguido para sua apresentação e votação, algumas limitações materiais devem ser observadas, particularmente a inadmissibilidade de mudanças que tendem a abolir os direitos e garantias individuais. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, abolir significa eliminar, extinguir, porém não impede que se possa reequacionar, modificar ou alterar as condições ou efeitos desses direitos e garantias individuais⁸.

Citando Robert Alexy, Ferreira Filho admite a limitação dos direitos e garantias fundamentais e afirma que somente haverá inconstitucionalidade das Propostas de Emenda à Constituição quando tais restrições forem inadequadas, desnecessários e desproporcionais em sentido estrito, numa clara referência ao princípio da proporcionalidade⁹. Ou seja, o critério da proporcionalidade emerge como um importante instrumento de controle da discricionariedade legislativa.

Nesse contexto, cumpre investigar se o princípio da proporcionalidade é utilizado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal na análise das Propostas de Emenda à Constituição e, nestes casos, se sua aplicação guarda correspondência com o referencial teórico predominante na doutrina pátria, observando a apreciação da necessidade, da adequação da providência legislativa e da proporcionalidade em sentido estrito, sucessivamente.

Este trabalho parte da hipótese que o princípio da proporcionalidade, embora utilizado pelos relatores de PECs como um critério de controle de constitucionalidade na CCJ, não é aplicado de forma metódica e sistemática no que diz respeito à análise subsidiária dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O objetivo da pesquisa, portanto, é analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle preventivo de constitucionalidade exercido pela Comissão de

⁶ BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, v.1, 2007, p. 75.

⁷ *Ibidem*, p. 177.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242.

⁹ *Ibidem*, p. 242.

Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Especificamente, pretende descrever teoricamente o princípio da proporcionalidade e suas subprincípios ou elementos parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enquanto metodologia para a solução de colisões de direitos fundamentais, a partir do levantamento de livros, publicações periódicas e impressos diversos (inclusive eletrônicos) que abranjam o Direito Constitucional, a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e o Processo Legislativo.

A análise da aplicação da proporcionalidade no âmbito da CCJ do Senado Federal será feita a partir de pesquisa documental dos pareceres às PECs durante a 54ª Legislatura e das Notas Taquigráficas das reuniões ordinárias e extraordinárias nas quais os pareceres foram debatidos e deliberados.

O trabalho de pesquisa documental compreende dois momentos distintos. O primeiro consiste na coleta dos documentos através do sistema de pesquisa de Projetos e Matérias da Secretaria-Geral da Mesa, disponível no sítio do Senado Federal. O segundo momento, a análise dos dados, trata-se do estudo minucioso dos documentos adquiridos durante a coleta para averiguar a adequação destes às finalidades do projeto e interpretar o seu conteúdo, com o objetivo de responder à problemática que motivou a pesquisa. A metodologia será detalhada no capítulo que apresenta a análise dos relatórios selecionados.

Por fim, o estudo verificará a ordem lógica de aplicação dos elementos parciais da proporcionalidade e analisará a fundamentação das decisões tomadas na Comissão, para responder o problema da pesquisa.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1. Regras e Princípios

O princípio da proporcionalidade é amplamente aceito como o procedimento mais adequado para o julgamento de disputas envolvendo um suposto conflito entre duas reivindicações de direitos. Na doutrina alemã, proporcionalidade é o critério pelo qual os juízes decidem conflitos entre direitos¹⁰, basicamente exigindo que qualquer interferência neles seja justificada por não ser desproporcional.

Robert Alexy, com sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, marco dos estudos sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais na Constituição Alemã, realizou um dos maiores esforços, em tempos recentes, para desenvolver teoria jurídica tendo por objeto a estreita relação entre o princípio da proporcionalidade e o sistema de direitos e garantias fundamentais¹¹.

Importante compreender inicialmente a distinção entre princípios e regras:

A distinção entre regras e princípios está no centro de uma teoria que pode ser designada “teoria dos princípios”. A teoria dos princípios é o sistema das implicações dessa distinção. Essas implicações dizem respeito a todas as áreas do direito. No caso dos direitos fundamentais – pode-se aqui falar tanto em uma teoria dos princípios dos direitos fundamentais quanto em uma construção de direitos fundamentais em princípios – a disputa sobre a teoria dos princípios é sobretudo uma disputa sobre a ponderação e, uma vez que a ponderação constitui o núcleo do exame da proporcionalidade, uma disputa sobre a máxima da proporcionalidade¹².

A distinção proposta por Alexy¹³ para essas duas espécies de normas não é baseada em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas sim em uma diferença qualitativa entre elas, seja pela sua estrutura, seja pela sua forma de aplicação. Resumidamente, o autor considera que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁴, enquanto as regras constituem “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

¹⁰ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o critério é utilizado, sobretudo, para avaliar intervenções do Estado que limitam o exercício de direitos fundamentais. Cf. DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 160.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 267.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 137.

¹³ Idem. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 86-90.

¹⁴ Ibidem, p. 90.

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁵.

Em sua tese central, Alexy afirma que os direitos fundamentais são princípios, e como tal, caracterizam-se como mandamentos de otimização, ou seja, exigem sempre a sua melhor satisfação, o que se dará em graus variados, pois sua aplicação concreta está condicionada às condições jurídicas e fáticas¹⁶. Os princípios, portanto, não são absolutos e não possuem primazia uns sobre os outros, mas são condicionados pelas circunstâncias, podendo ser aplicados em graus diferenciados, conforme o caso. O confronto com outros princípios ou regras (possibilidade jurídica) e com a realidade dos fatos (possibilidade fática), determinará o grau de cumprimento de um princípio¹⁷.

2.2. Colisões de Princípios

Em razão dessas características, os princípios estariam sujeitos a constantes conflitos. No plano prático, incidindo princípios distintos que, analisados isoladamente, conduzam a uma contradição, onde um dos princípios restrinja as possibilidades jurídicas de aplicação do outro, considera-se que ocorreu uma colisão de princípios.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições¹⁸.

No caso dos princípios, embora de maneira alguma haja precedência absoluta entre eles, para a solução da colisão se estabelece uma relação de precedência, onde um dos princípios “cede” em favor do outro, ensejando a harmonização de seus comandos. Esta relação de precedência entre princípios deve ser condicionada, ou seja, o ordenador jurídico deve considerar, para tal, os elementos fáticos apreendidos do caso concreto, e somente assim determinar qual dos princípios preponderaria sobre o outro.

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso

¹⁵ ALEXY, 2011, p. 91.

¹⁶ Ibidem, p. 90.

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

¹⁸ ALEXY, 2011, p. 93.

concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária¹⁹.

Portanto, se no plano ideal os princípios seguem a regra da otimização, objetivando sua máxima realização, no plano real os princípios são aplicados apenas de forma aproximada e gradual. Assim, diante de colisões de princípios ou de conflitos desses princípios com outros valores constitucionais, busca-se a conciliação entre eles, garantindo-se a aplicação de cada um em extensões variadas, conforme as circunstâncias do caso concreto²⁰.

Essa conciliação se dá através da ponderação entre os princípios em colisão, decidindo-se pela precedência do princípio que representa o interesse de maior relevância em cada conjunto de circunstâncias considerado²¹.

No exercício do juízo de ponderação, exige-se considerar que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que o ônus da restrição a um direito não seja superior aos benefícios que se pretende com a medida²². Aplicando-se tais critérios, objetiva-se restringir o mínimo possível os direitos em causa, envidando todos os esforços para preservar o seu núcleo essencial²³, em razão do que se costuma chamar de “limite dos limites”²⁴. O exercício do juízo de ponderação e a relativização das possibilidades jurídicas, própria da natureza dos princípios, permite relacioná-los, então, à proporcionalidade, entendida como um critério disciplinador do limite ao poder de limitar direitos fundamentais que detém os órgãos estatais e os próprios legisladores²⁵.

Há, portanto, uma conexão estreita entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três

¹⁹ ALEXY, 2011, p. 96.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213.

²¹ BRANCO, op. cit., p. 169.

²² MENDES & BRANCO, op. cit., p. 213.

²³ *Ibidem*, p. 214.

²⁴ *Ibidem*, p. 256.

²⁵ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 171.

máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza²⁶.

Isso significa que, se os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios, a máxima da proporcionalidade é válida, ao mesmo tempo em que, se a máxima da proporcionalidade é válida para solucionar inúmeros problemas na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios. Há, pois, um vínculo necessário entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

2.3. O conceito da proporcionalidade

A origem do postulado da proporcionalidade remonta o emprego da palavra “proporção”, cuja ideia é recorrente no Direito, embora não se confunda com ela:

Na Teoria Geral do Direito fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena. No direito eleitoral fala-se em proporção entre o número de candidatos e o número de vagas como condição para a avaliação da representatividade. No direito tributário menciona-se a obrigatoriedade de proporção entre o valor da taxa e o serviço público prestado e a necessidade de proporção entre a carga tributária e os serviços públicos que o Estado coloca a disposição da sociedade. No direito processual manipula-se a ideia de proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade a que se destina o ato processual. No direito constitucional e administrativo faz-se uso da ideia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. E na avaliação da intensidade do gravame provocado fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim – e assim por diante. A ideia de proporção perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios²⁷.

Assim, indícios da ideia subjacente à proporcionalidade já podem ser verificados em Aristóteles, com seu interesse pela justa medida; na Magna Carta de 1215, ao estabelecer multas proporcionais ao delito, que não privassem o condenado dos meios de subsistência; na

²⁶ ALEXY, 2011, p. 116-117.

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev, 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 112.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que propugnava penas estritas e necessárias²⁸.

É no Direito Prussiano, porém, que a proporcionalidade passa a ser utilizada como instrumento para proteção aos direitos individuais frente ao poder discricionário conferido às autoridades na esfera da regulamentação do poder de polícia. A partir da segunda metade do século XVIII, a Prússia evoluiu gradualmente de um Estado Autoritário, onde o rei era a única e suprema autoridade, para um Estado de Direito. Naquela época, a Prússia era uma potência militar e econômica governada por Frederico II, o Grande. Déspota esclarecido, versado nos princípios do Iluminismo, Frederico II acreditava que a autoridade do monarca não era ilimitada, mas, antes, que o monarca deveria ser o primeiro dos servidores do Estado.

Inspirado nesses princípios, Frederico II iniciou o estabelecimento de um sistema legal para a Prússia. Seu sucessor, Frederico Guilherme II, concluiu a codificação do direito prussiano e, dentre os dispositivos criados, autorizou o governo a exercer o poder de polícia, a fim de garantir a ordem pública, porém, ao mesmo tempo, limitou esses poderes a medidas apenas essenciais para atingir os objetivos pretendidos²⁹. Se no passado a ação do Estado era considerada válida independente dos termos da lei, a partir de então a validade do agir estatal dependia de expressa autorização legal.

Na segunda metade do século XIX e início do século XX, nos chamados tribunais administrativos na Prússia, a proporcionalidade era aplicada intensamente para analisar a legitimidade da intervenção do Estado na vida econômica e social dos indivíduos, embora sem anunciar explicitamente um novo princípio jurídico.

Ainda no século XIX, o princípio da proporcionalidade passou a ser conhecido em grande escala no Direito Administrativo Alemão³⁰, onde ganhou *status* jurídico, com uma estrutura racionalmente definida, compreendido como um instrumento importante para permitir a introdução dos direitos fundamentais em um sistema jurídico marcadamente autoritário.

²⁸ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 178-179.

²⁹ Cf. GUERRA FILHO In: SILVA, op. cit., p. 256. O autor informa que “[...] em 1791, Svarez, em conferência proferida diante do rei da Prússia, Frederico Guilherme, 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’”.

³⁰ Cf. *ibidem*, p. 256. Segundo Guerra Filho, “Em 1802, von Berg emprega o termo *verhältnismäßig*, ‘proporcional’, ao tratar dessa possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-o à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido”.

Mesmo na Alemanha, por muito tempo, o princípio foi tratado apenas na esfera do poder do polícia. Aos poucos, no entanto, o emprego da proporcionalidade se torna abrangente na atividade estatal, sobretudo com a passagem do “Estado de Polícia” para a noção de “Estado de Direito”³¹, sendo mencionada recorrentemente nas obras que tratam do assunto. Walter Jellinek, por exemplo, em sua monografia de 1913, relaciona a proporcionalidade com a discricionariedade, estendendo a problemática do direito administrativo até abranger as demais funções estatais³².

Entretanto, é após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da cultura dos direitos, expressos positivamente na Declaração dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, que ressurge com vigor na Alemanha a ideia da proporcionalidade. Somando-se as experiências do nazismo e outros fatores internos, cria-se um ambiente favorável para a reconstrução do sistema político. Era necessário preservar a autonomia individual, estabelecendo condições para resguardar a realização humana.

Nesse contexto, agora como um modelo legalmente aplicável no processo do exercício e do controle do poder público, o princípio da proporcionalidade passa a ser utilizado para verificar a violação de direitos previstos na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, como fundamento para as decisões do Tribunal Federal Constitucional³³.

Do ponto de vista acadêmico, a primeira monografia dedicada exclusivamente ao estudo do princípio da proporcionalidade, de autoria de Rupprecht Krauss, foi publicada em 1955, onde o autor procura associar o princípio ao estabelecimento do moderno Estado de Direito³⁴. No mesmo ano, no Arquivo de Direito Público, o ensaio de Dürig eleva o princípio da proporcionalidade ao nível constitucional, por sua estreita relação com o respeito à dignidade humana. Para Dürig, a adoção pelo Estado de meios mais rigorosos do que o necessário para a consecução de suas funções é uma degradação da pessoa humana³⁵. Em 1961, Peter Lerche publica obra com o título “Excesso e Direito Constitucional – Sobre a Vinculação do Legislador pelos Princípios da Proporcionalidade e da Exigibilidade”, onde

³¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 35.

³² GUERRA FILHO In: SILVA, op. cit., p. 257-258.

³³ A decisão do Tribunal Federal Constitucional alemão referida no mundo todo como paradigma do critério da proporcionalidade é o caso conhecido como Lüth, de 15 de janeiro de 1958. Lüth havia chamado o público alemão, assim como os proprietários de cinemas e distribuidores para boicotarem filmes de Veit Harlan que ele produziu depois de 1945. O Tribunal decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer em função das circunstâncias do caso concreto.

³⁴ GUERRA FILHO In: SILVA, op. cit., p. 258.

³⁵ Ibidem, p. 259.

consagra a distinção entre os aspectos da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, reunindo-os sob o “princípio da proibição de excesso”, expressão que não foi acatada de forma generalizada na doutrina alemã³⁶.

Porém, o principal marco histórico que consolidou a concepção atual do princípio da proporcionalidade decorre da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão β VerfGE 30:292, de 16 de março de 1971, sobre armazenagem de petróleo. Expressando-se com clareza quanto à natureza e essência do princípio da proporcionalidade, a Corte se pronunciou da seguinte maneira:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.³⁷

A proporcionalidade se torna, portanto, um princípio regulador da relação do Estado com a sociedade a ele submetida e com as pessoas que a compõe, que permite ponderar, no regime constitucional, até que ponto se dará preferência aos interesses da maioria ou aos indivíduos. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade permite harmonizar os interesses dos membros do Estado, individualmente considerados, com aqueles interesses de toda a comunidade ou de parte dela³⁸.

2.4. A proporcionalidade na ordem constitucional

O posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão a partir do segundo pós-guerra foi fundamental para a constitucionalização do princípio da proporcionalidade, ao adotar com frequência em seus julgados, expressões notadamente associadas à proporcionalidade, tais como “excessivo”, “inadequado”, “necessariamente exigível”, até o momento em que declarou expressamente que o princípio possui estrutura constitucional³⁹.

A partir de então, a proporcionalidade assume a característica de critério material para determinar a inconstitucionalidade da ação do legislador⁴⁰, com o propósito de

³⁶ GUERRA FILHO In: SILVA, op. cit., p. 259.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 409-410.

³⁸ GUERRA FILHO In: SILVA, op. cit., p. 261.

³⁹ Ibidem, p. 261.

⁴⁰ ALEXY, 2014, p. 300. “O exame da proporcionalidade não é apenas um teste bem fundamentado teoricamente sobre se um direito fundamental foi ou não violado através de uma interferência; ele também tem sido reconhecido internacionalmente na prática do controle de constitucionalidade”.

resguardar o máximo possível os direitos fundamentais⁴¹. Passa a ser entendida como um instrumento para analisar problemas de constitucionalidade dos atos infraconstitucionais, em razão do vínculo direto do legislador com todos os direitos fundamentais, pois num conflito entre direitos, devem prevalecer aquelas medidas que restrinjam o mínimo possível tais direitos⁴².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não faz referência expressa à proporcionalidade, no entanto, boa parte da doutrina entende que a ideia está nela implícita, decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito⁴³, da própria natureza dos direitos fundamentais⁴⁴ e enquanto regra de razoabilidade⁴⁵.

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral do direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito⁴⁶.

Por sua vez, está consolidada em nossa jurisprudência a compreensão do princípio da proporcionalidade como um princípio geral do direito⁴⁷, decorrente do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição)⁴⁸. Tanto que a não observância do princípio da proporcionalidade é considerada pela doutrina como uma manifestação típica do excesso de poder legislativo⁴⁹.

Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo

⁴¹ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 171.

⁴² Ibidem, p. 171.

⁴³ O princípio da proporcionalidade é considerado necessário ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, e essa necessidade intrínseca tem sido cada vez mais aceita pelos estudiosos do direito constitucional pátrio. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 77.

⁴⁴ O princípio da proporcionalidade também é equiparado, pela doutrina nacional, a um direito ou garantia fundamental. Visto que interesses individuais, coletivos e públicos não podem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente, cabe ao Estado, como tutor do interesse público, acomodar os diversos interesses em jogo através da proporcionalidade, restringindo direitos para, ao mesmo tempo, garantir outros. Cf. ibidem, p. 82.

⁴⁵ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 178.

⁴⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 434.

⁴⁷ MENDES & BRANCO, op. cit., p. 269. Nas palavras dos autores, “São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito”.

⁴⁸ Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2014. “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴⁹ MENDES & BRANCO, op. cit., p. 262.

o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador. [...] Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade⁵⁰.

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade como norma constitucional, ainda que não esteja escrito na Constituição, além de respaldar sua aplicação e consequente imposição, legitima-o, como fundamento para o recurso extraordinário, para viabilizar o controle difuso das leis e para ensejar o controle concentrado dos atos legislativos⁵¹. Em razão disso, é cada vez mais frequente sua aplicação nas decisões exaradas pelos diversos órgãos jurisdicionais do Brasil, visto que os métodos tradicionais não são suficientes para apurar o excesso de poder legislativo, que resultam em leis arbitrárias e inadequadas em razão do exame de sua relação meio-fim⁵².

2.5. Elementos da Proporcionalidade

Do estudo da jurisprudência alemã, é possível extrair elementos⁵³ da proporcionalidade. No controle de constitucionalidade das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente no que se refere aos direitos individuais fundamentais, a Corte Alemã adota o que a doutrina denomina de tríplice manifestação da proporcionalidade, que compreende o exame da adequação, da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou sopesamento)⁵⁴. A análise desses elementos permite o controle

⁵⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 436.

⁵¹ BARROS, op. cit., p. 103. Embora considere esteja aberto o caminho à recepção do princípio da proporcionalidade pela doutrina pátria, a autora afirma que este processo se caracteriza pela pouca sistematização.

⁵² *Ibidem*, p. 211. Para a autora, o critério da proporcionalidade possibilita o controle material da lei, exigindo do legislador a menor intervenção possível nos direitos fundamentais.

⁵³ Alguns autores propõem designar esses elementos como dimensões, aspectos ou comandos da proporcionalidade. Robert Alexy adota a expressão “máximas parciais”, em oposição às expressões “subprincípios” e “princípios parciais”, por considerar que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito devem ser consideradas regras e não princípios, de acordo com sua teoria dos princípios. Cf. ALEXY, 2011, p. 117.

⁵⁴ O professor Virgílio Afonso da Silva, ao abordar os elementos da proporcionalidade, cita três tendências diversas quanto ao número. A primeira delas, amplamente majoritária, entende que são três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A segunda, defendida pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, exclui a proporcionalidade em sentido estrito, restando o exame da adequação e da necessidade. A terceira tendência, por fim, acrescenta a legalidade dos fins como um elemento que precede a análise dos demais elementos. Neste trabalho, adotaremos a primeira tendência, corrente majoritária na doutrina pátria, que compreende a divisão da proporcionalidade em três elementos. Cf. SILVA, op. cit., p. 35.

substancial da lei, para além da mera compatibilidade lógico-formal com as normas constitucionais⁵⁵.

Sempre que uma iniciativa implique na restrição a um direito constitucionalmente protegido, a proporcionalidade exige que os meios escolhidos estejam logicamente vinculados aos objetivos pretendidos (conformidade com o objetivo ou prestabilidade para atingir o fim), que nenhum outro meio menos gravoso possa ser adotado para atingir os mesmos objetivos (busca do “meio mais suave”) e que as vantagens decorrentes da realização dos objetivos sejam maiores que as desvantagens da restrição do direito (correspondência entre meio e fim, e que o meio seja juridicamente o melhor possível)⁵⁶. Nesse sentido, a adequação e a necessidade são verificadas diante das possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito é verificada diante das possibilidades jurídicas⁵⁷.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, deve-se observar a verificação ou análise subsidiária das suas máximas parciais. Existe uma ordem predefinida para a aplicação desses elementos e somente se passa à análise da máxima parcial seguinte quando a anterior estiver devidamente atendida. Por fim, todos os elementos devem ser atendidos concomitantemente, uma vez que, insatisfeito qualquer um deles, não se analisa os seguintes e a medida é declarada desproporcional.

2.5.1. Adequação

O exame da adequação pretende analisar se uma medida se presta à obtenção de um fim constitucionalmente legítimo ou, pelo menos, contribua para a ocorrência do objetivo perseguido. Caso o meio adotado não sirva à realização do fim pretendido por um princípio e afete as possibilidades de realização de outro, esse meio deve ser rejeitado no teste da adequação⁵⁸.

Avalia-se, pois, a relação entre o meio e o propósito almejado. Um meio é considerado adequado quando houver uma conexão empiricamente comprovável entre a intervenção proposta e a realização dos objetivos.

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não

⁵⁵ BARROS, op. cit., p. 74.

⁵⁶ GUERRA FILHO, op. cit., p. 88.

⁵⁷ GUERRA FILHO In: SILVA, op. cit., p. 267-268.

⁵⁸ BRANCO, op. cit., p. 172.

o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim⁵⁹.

Importa, portanto, que exista uma relação de causalidade real e racional, sem avaliar, contudo, nessa etapa, o seu maior ou menor grau de eficácia⁶⁰.

[...] nem sempre é possível – ou, mesmo, plausível – saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim. Isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a Administração. A administração Pública ficaria inviabilizada, e a promoção satisfatória de seus fins também, se tivesse que, para tomar cada decisão, por mais insignificante que fosse, avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir um fim⁶¹.

Principalmente nos casos mais complexos, não é possível a comprovação de que determinada medida seja capaz de garantir o fim almejado. Em razão disso, a jurisprudência costuma entender como suficiente que o meio adotado fomente⁶² o alcance de seu propósito⁶³. Logo, somente a comprovação inequívoca da inadequação de uma medida permite ao Poder Judiciário invalidar a alternativa proposta pelo legislador ou pelo administrador:

Para preservar a prerrogativa funcional do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for evidente e não for, de qualquer modo plausível, justificável. Fora esses casos, a escolha feita pelos outros Poderes deve ser mantida, em atenção ao princípio da separação dos Poderes⁶⁴.

Portanto, o prognóstico do legislador, sujeito a equívocos, é que deve ser avaliado, levando-se em conta as circunstâncias do momento em que se tomou a decisão, nunca o momento posterior quando a escolha é avaliada pelo julgador.

2.5.2. Necessidade

Com o exame da necessidade, analisa-se se não existem outros meios que possam ser utilizados para alcançar o mesmo propósito pretendido, porém que impliquem menor

⁵⁹ ÁVILA, op. cit., p. 116.

⁶⁰ BARROS, op. cit., p. 77.

⁶¹ ÁVILA, op. cit., p. 117.

⁶² De acordo com a jurisprudência constitucional do Tribunal Alemão, o exame da adequação não exige uma relação absoluta entre o meio empregado e o resultado obtido, devendo ser feita a análise sob o enfoque negativo, ou seja, declara-se uma medida desproporcional quando o meio sugerido se mostre inadequado em promover o resultado desejado. Cf. BARROS, op. cit., p. 77-78.

⁶³ Em caso de dúvida sobre a adequação da medida, deve ser respeitada a vontade do legislador. Cf. DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 187.

⁶⁴ ÁVILA, op. cit., p. 121.

restrição ao direito fundamental (requisito da menor gravidade) e que sejam considerados igualmente adequados (requisito da igual adequação)⁶⁵. Ocorre, pois, no exame da necessidade, um juízo sobre o grau de intensidade em que cada meio disponível interfere nos direitos fundamentais⁶⁶, considerando-se necessária aquela medida que resulte na menor desvantagem possível.

Nesse passo, não se questiona a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo/benefício. Assim, para que se possa aferir o meio empregado quanto a sua necessidade, o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão. Não há como realizar essa operação mental de verificação da exigibilidade sem que se promova uma busca “externa” ao dispositivo objeto de análise, para fins de verificação das demais “possibilidades” (alternativas) existentes, e à disposição do legislador/administrador. Trata-se da *otimização das possibilidades fáticas*⁶⁷.

Não se trata de um exame simples, pois, embora em alguns casos a distinção entre os meios disponíveis seja mais evidente, em outros ela se mostra bastante complexa:

O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente⁶⁸.

Assim, para considerar minimamente a intensidade da intervenção de um meio disponível sobre um direito fundamental, é necessário que esse exame seja aferido com base em dados empíricos e em máximas de experiência. Essa tarefa pode exigir consultas técnicas, pesquisas empíricas, estudos comparados, levantamento da opinião de especialistas, consulta a soluções adotadas em outros países, entre outras formas⁶⁹. Há algumas situações em que a

⁶⁵ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 194.

⁶⁶ BRANCO, op. cit., p. 176.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 630-631, grifos do autor.

⁶⁸ ÁVILA, op. cit., p. 122.

⁶⁹ Na análise da necessidade da medida, desconsideram-se os meios, por exemplo, que em razão de seu alto custo, tornam-se impraticáveis. Cf. BRANCO, op. cit., p. 175.

reflexão de senso comum é suficiente para a avaliação de meios alternativos. Porém, em todos os casos, a eficiência comparativa dos meios deve ser verificada de forma empírica.

Em seguida à identificação dos meios adequados, procede-se a comparação entre eles, o que envolve a mensuração do impacto ou gravidade dos meios⁷⁰. A máxima da necessidade, portanto, se traduz por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido não é o que menor restrição causa, mas apontar qual o meio idôneo produz as consequências menos lesivas. Envolve uma avaliação sobre o grau de afetação de um direito, que pode ser respaldada por provas⁷¹.

2.5.3. Proporcionalidade em Sentido Estrito

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, complementando os testes de adequação e necessidade, indica se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim perseguido em relação às possibilidades jurídicas, através da ponderação⁷². Implica, portanto, a busca do máximo benefício com o mínimo de sacrifício. A partir da análise dos princípios colidentes, deve-se decidir pela mais ampla realização possível desses princípios, de modo a garantir uma equânime distribuição de ônus⁷³. Somente será admissível o ônus se o benefício for superior, ou seja, equilibrados os direitos em jogo, a precedência de um direito em relação ao outro se justificará pelo seu maior benefício.

Ao avaliar se a importância da realização da medida adotada justifica as limitações decorrentes da intensidade da intervenção nos direitos fundamentais⁷⁴, submetem-se os meios e os fins a um juízo de ponderação. Por essa característica, a proporcionalidade em sentido estrito é idêntica à Lei da Ponderação ou sopesamento formulada por Robert Alexy, ao estabelecer que, “quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁷⁵.

⁷⁰ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 198.

⁷¹ BARROS, op. cit., p. 81.

⁷² Parte da doutrina considera impossível um juízo de ponderação, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito. Nesse sentido, afirmam DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 229-230: “Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão que permitirá medir e ponderar direitos. Persistir em tal crença, como faz parte da doutrina, aplaudida pelas autoridades da justiça constitucional, que veem na proporcionalidade *stricto sensu* um meio para ampliar seus poderes de criação do direito, prejudica a credibilidade da dogmática jurídica e a estrutura do Estado constitucional”. Neste trabalho, adotaremos a posição majoritária da doutrina que, após o exame da adequação e da necessidade de uma intervenção, deve se realizar a ponderação dos direitos em conflito.

⁷³ BARROS, op. cit., p. 85.

⁷⁴ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 224.

⁷⁵ ALEXY, 2011, p. 593.

Consiste, por conseguinte, na tentativa de se atribuir pesos ou grandezas distintas aos princípios, para estabelecer qual o mais preponderante na situação em que eles entram em conflito. No entanto, para se alcançar uma análise mais precisa e completa do sopesamento nos casos de colisão, é necessária uma elaboração complementar da Lei da Ponderação, cujo resultado é a Fórmula do Peso.

Para se chegar ao resultado da Fórmula do Peso, é necessário percorrer três etapas. Na primeira, avalia-se o grau de não satisfação de um dos princípios em confronto em razão da sua importância, referida por Alexy como “peso”⁷⁶ do princípio. Na segunda etapa, define-se, de forma análoga à primeira, a importância do cumprimento do princípio contrário. Por fim, na terceira, a partir do “peso” de cada princípio, verifica-se se a satisfação de um deles justifica a restrição ou não-satisfação do outro⁷⁷.

As afirmações formuladas sobre cada um desses aspectos devem consistir num discurso racional, fundamentado, que leve em consideração a amplitude e a evidência das premissas da ponderação, pois quanto mais intensa a intervenção de uma medida sobre um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que justificam a intervenção.

Em razão da estrutura argumentativa da Fórmula do Peso, Alexy afirma que é possível elaborar juízos racionais sobre intensidades de intervenções e sobre graus de importância. Para ilustrar sua afirmação, o professor alemão apresenta alguns exemplos que, em conjunto, seriam suficientes para justificar o sopesamento como método, tais como a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre avisos nas embalagens de cigarro:

Assim, o dever imposto aos fabricantes de produtos derivados de tabaco de imprimir em seus produtos informações sobre os riscos do fumo para a saúde é uma intervenção leve na liberdade profissional. Já uma proibição total contra produtos derivados do tabaco deveria ser classificada como séria. Entre esses casos leves e sérios há casos cuja intensidade da intervenção pode ser classificada como moderada. Um exemplo seria a proibição de máquinas automáticas de venda de cigarros em conjunto com uma restrição à venda de produtos derivados de tabaco em determinados estabelecimentos. Dessa forma é construída uma escala com as categorias “leve”, “moderado” e “sério”. [...] O Tribunal Constitucional Federal não exagera quando, em sua decisão sobre avisos nas embalagens de cigarro, sustenta que, “de acordo com o conhecimento médico

⁷⁶ Alexy propõe uma escala triádica dos pesos, classificados como leve, moderado ou grave, que podem ser atribuídos tanto ao princípio que se pretende satisfazer, quanto às razões que justificam a interferência no princípio afetado. Cf. ALEXY, 2011, p. 593 et seq.

⁷⁷ BRANCO, op. cit., p. 183-185.

atualmente estabelecido”, fumar causa câncer e doenças cardíacas e vasculares. Portanto, o peso das razões que justificam a intervenção é grande. São razões fortes. Definidos, assim, a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão da intervenção como alto, então, o resultado é facilmente perceptível. A forte razão para intervenção justifica a leve intervenção⁷⁸.

A ponderação, portanto, corresponde a uma série de passos a serem apreciados pelo julgador para se chegar a uma deliberação racionalmente orientada, assegurando proteção para os direitos fundamentais, exigindo a exposição clara e pormenorizada do raciocínio que percorreu para a tomada de decisão, aberta à crítica social em razão da transparência do procedimento⁷⁹.

2.6. Terminologia

Não há uniformidade na doutrina quanto à terminologia adotada para fazer referência à proporcionalidade. Os americanos falam em razoabilidade, porém o termo pode assumir uma conotação mais ampla, significando, por exemplo, bom senso ou prudência. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, cita com frequência a razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade para aferir a constitucionalidade de leis, para designar a exigência de racionalidade ou para invocar o sentido do que é aceitável ou moderado.

Proporcionalidade e razoabilidade, embora tenham objetivos semelhantes enquanto princípios de interpretação, não se revestem da mesma significação jurídico-dogmática. Entre os principais fatores distintivos, destacam-se o grau de motivação racional de sua decisão (maior na proporcionalidade), o conteúdo (é possível prescindir da relação meio-fim na razoabilidade), a natureza (a razoabilidade é exigência geral da razão humana, aplicável em todos os setores, enquanto a proporcionalidade decorre do Estado Democrático de Direito) e as funções (enquanto a razoabilidade objetiva impedir decisões socialmente inaceitáveis, a proporcionalidade procura assegurar a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados)⁸⁰. Além disso, para que um ato seja considerado desproporcional, não é necessário que seja irrazoável ou absurdo⁸¹.

⁷⁸ ALEXY, 2011, p. 595.

⁷⁹ BRANCO, op. cit., p. 188 e 193.

⁸⁰ FIGUEIREDO, op. cit., p. 241-243.

⁸¹ Cf. SILVA, op. cit., p. 30. O autor reporta que “há decisões na Corte Europeia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade”.

Além desses fatores distintivos, o princípio da proporcionalidade costuma ser considerado um critério melhor estruturado, uma vez que está dividido em três testes parciais que se seguem logicamente e que se completam entre si, enquanto que a razoabilidade é um critério vago, faltando-lhe uma estrutura analítica. Por isso, argumenta-se que a proporcionalidade permite uma melhor estruturação das decisões do poder judiciário, levando a conclusões mais corretas; bem como garante uma maior transparência no processo judicial, repercutindo numa maior legitimidade das decisões. Por outro lado, a razoabilidade, por não possuir uma estrutura analítica, deixa mais espaço para a subjetividade e discricionariedade judiciais.

Os alemães utilizam “proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*)⁸², expressão mais em voga, e “proibição ou vedação de excesso” (*Übermassverbot*)⁸³, com visíveis oscilações e, até mesmo unidos, como se fossem diferentes no significado e na abrangência⁸⁴. O presente estudo adota a expressão “princípio da proporcionalidade”, por ser essa a mais usual nos diversos sistemas de direito⁸⁵, inclusive no Brasil, aceita sem grandes controvérsias, e para pretender conferir a devida importância ao conceito⁸⁶.

2.7. Emprego da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, por sua formulação dentro de padrões rigorosos e racionais da ciência e por se constituir num sistema coerente, voltado para a resolução dos problemas práticos da vida jurídica, tem sido favoravelmente acolhido e aplicado de forma

⁸² Cf. SILVA, op. cit., p. 24-25. Segundo o professor Virgílio Afonso da Silva, o termo “princípio” pode ser errôneo: “O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”. O próprio ALEXY, 2011, p. 117, nota 84, afirma que não se trata de um princípio no sentido empregado em sua obra e utiliza em seu lugar a expressão “máxima da proporcionalidade”. Acrescenta ainda que as três máximas parciais devem ser consideradas como regras.

⁸³ BARROS, op. cit., p. 72. Para a autora, o termo “excesso” é muito amplo e abarcaria inclusive as circunstâncias em que o legislador atua para além dos limites constitucionais. Assim, qualquer inconstitucionalidade redundaria em excesso. Outro argumento relevante é apresentado por SILVA, op. cit., p. 27, que sugere o abandono da expressão: “Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais”.

⁸⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 403.

⁸⁵ BARROS, op. cit., p. 73.

⁸⁶ SILVA, op. cit., p. 26. Importância decorrente de seu uso com o significado de disposição fundamental ou exigência de proporcionalidade.

generalizada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, principalmente para a solução de situações onde há conflito entre direitos fundamentais⁸⁷.

Cumprido ressaltar que, na literatura jurídica constitucional, muitos autores defendem o princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle não somente da aplicação das leis, mas também de sua própria criação, especialmente das medidas que afetem direitos fundamentais⁸⁸.

No entanto, a doutrina alemã, observando a tendência de exagero no uso do princípio da proporcionalidade, que levaria a um relaxamento na aplicação da lei, cunhou o termo “super-expansão” para designar o fenômeno. Para evitar este problema, sugere-se atribuir “reflexividade” ao princípio, ou seja, somente aplicá-lo após o exame da adequação, exigibilidade e proporcionalidade de fazê-lo⁸⁹.

2.8. Críticas à Proporcionalidade

Os críticos recusam a aplicação da proporcionalidade por diversos argumentos, tais como a demasiada intervenção do Judiciário na esfera reservada ao Legislativo⁹⁰, a discricionariedade excessiva nas decisões⁹¹ e o relativismo da aplicação da lei, que ameaçaria os princípios da segurança jurídica e da igualdade⁹².

Entre os problemas suscitados pela ponderação de princípios, está a possibilidade de que várias respostas sejam admissíveis para um mesmo problema, de onde resulta a necessidade de uma metodologia adequada para a ponderação, com o objetivo de lhe conferir racionalidade e legitimidade.

Alexy rejeita a noção de que se possa chegar a uma única solução correta para um problema envolvendo princípios, em razão da inviabilidade prática de se expressar, de maneira numérica e mensurável, os valores dos princípios e suas intensidades de realização.

⁸⁷ GUERRA FILHO, op. cit., p. 93.

⁸⁸ BARROS, op. cit., p. 203.

⁸⁹ Ibidem, p. 108.

⁹⁰ Cf. DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 207. Na opinião dos autores, a ponderação de direitos fundamentais heterogêneos significa tomar decisões políticas, e não jurídicas. Tais decisões caberiam apenas ao Poder Legislativo, em razão de sua legitimação democrática e constitucional.

⁹¹ ALEXY, 2011, p. 575 et seq. O autor dedica a maior parte do posfácio para contrapor as críticas sobre a discricionariedade. Entre as principais contribuições para a discussão, destaque para a segunda lei do sopesamento (“quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais esta intervenção se baseia”) e a “lei de conexão” (“princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais”).

⁹² BARROS, op. cit., p. 204.

Para ele, nenhum procedimento pode garantir a certeza de correção absoluta, pois as respostas a questões práticas de baseiam nas interpretações de interesses e na ponderação dos mesmos⁹³.

Cumprе esclarecer que, em sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy apresenta critérios para uma decisão racionalmente desenvolvida e controlável, não para a obtenção de uma única resposta correta. Para o autor, a argumentação jurídica reduz a margem de irracionalidade das decisões, embora não ofereça nenhuma garantia plena de racionalidade nas conclusões que produz⁹⁴.

⁹³ BRANCO, op. cit., p. 165.

⁹⁴ Ibidem, p. 165.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO FEDERAL

O presente capítulo apresenta os relatórios a Propostas de Emendas à Constituição apresentados no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante a 54^a Legislatura (2011-2014) e que contenham referência ao princípio da proporcionalidade, com o objetivo de avaliar a sua aplicação na apreciação de mérito destas matérias e no controle preventivo de constitucionalidade exercido pela Casa Legislativa.

O levantamento foi realizado a partir do sistema de pesquisa de Projetos e Matérias da Secretaria-Geral da Mesa, disponível no sítio do Senado Federal, que possibilita ao usuário estabelecer diversos critérios para filtrar os resultados da busca. Para os objetivos deste trabalho, foram adotados alguns dos critérios disponíveis. Em “Tipo de Proposição”, selecionou-se a opção “PEC – Proposta de Emenda à Constituição”. Quanto à tramitação das matérias, foram incluídas na busca tanto as proposições em tramitação quanto as que não se encontram neste status, pois uma matéria pode ter sido rejeitada durante o período e estar arquivada em razão disso. Para o critério “Situação”, selecionou-se a opção “Pronto para a Pauta em Comissão”, o que significa que a matéria já foi apreciada pelo relator e que este entregou seu relatório para deliberação na CCJ. O “Período da Pesquisa” foi restringido à atual legislatura, compreendendo os anos de 2011 a 2014, sendo que neste último, os dados se limitaram aos meses de janeiro a setembro.

Procedendo-se o levantamento, foram encontradas 226 Propostas de Emendas à Constituição que atenderam os critérios de pesquisa. Das propostas selecionadas, seis delas não possuíam relatório apresentado e constaram da busca em razão de requerimentos para realização de audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Outras três proposições, embora relacionadas na pesquisa, não possuíam relatório disponível no sistema (PEC n° 18, de 2010; PEC n° 9, de 2011 e PEC n° 37 de 2012). Assim, a análise destes relatórios foi realizada a partir da consulta aos processados das matérias.

A partir do levantamento, os relatórios das 217 proposições disponíveis foram reunidos em um único arquivo eletrônico, com o objetivo de realizar uma busca textual através de palavras-chave. Foram utilizadas as palavras “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “ponderação” e “adequação”. Para a palavra-chave “proporcionalidade”, foram encontrados relatórios que utilizavam a expressão com o sentido de “proporção matemática” ou em referência ao sistema político adotado no Brasil para as eleições de Deputados e Vereadores,

os quais não possuíam relação temática com os objetivos deste trabalho. Por sua vez, a palavra-chave “razoabilidade” apareceu como sinônimo de “sensato”, “aceitável”, sem qualquer relação com a máxima da proporcionalidade. Os relatórios selecionados com a palavra-chave “ponderação” também careciam de pertinência com o princípio da proporcionalidade, pois seu uso se relacionava à ideia de “reflexão”, “meditação” ou “prudência”. Por fim, a palavra-chave “adequação” foi utilizada para localizar um dos testes parciais da proporcionalidade, porém foi identificada, em sua maioria, com o significado do que é “conveniente”, “oportuno” ou “apropriado”.

Após a busca textual e a exclusão dos relatórios que não correspondiam aos objetivos deste trabalho, chegou-se a um universo de sete Propostas de Emenda à Constituição. Estas matérias foram então analisadas em seu conteúdo para identificar a correspondência com a metodologia aplicada à máxima da proporcionalidade, ou seja, a indicação dos princípios ou direitos em colisão, a verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, numa ordem subsidiária, e as razões que fundamentam a opção do relator por um princípio sobre o outro.

3.1. Roteiro para análise da aplicação do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade requer um procedimento decisório estruturado para garantir a maior racionalidade e objetividade possíveis⁹⁵. Para facilitar a organização sistemática de uma lista de elementos para aplicação do princípio da proporcionalidade, sugere-se a adoção de um roteiro ou esquema de tópicos, semelhante aos roteiros originalmente desenvolvidos no âmbito da doutrina constitucionalista alemã⁹⁶.

A sugestão dos tópicos a seguir se fundamenta na revisão bibliográfica deste trabalho e objetiva orientar a análise dos relatórios selecionados para apurar a correspondência da aplicação da proporcionalidade frente à metodologia predominantemente aceita na doutrina. Assim, entende-se que o relatório, para preencher a correspondência investigada, deve observar as seguintes etapas:

1. Identificar os princípios que estão sendo confrontados;
2. Realizar o teste de adequação:
 - a. Definir qual o objetivo pretendido pela intervenção sobre o direito fundamental;

⁹⁵ GUERRA FILHO, op. cit., p. 109.

⁹⁶ DIMOULIS & MARTINS, op. cit., p. 242-243.

- b. Apurar se o objetivo se conforma com o sistema constitucional;
 - c. Avaliar se a medida é capaz de fomentar o objetivo pretendido;
3. Realizar o teste de necessidade:
- a. Estimar meios alternativos à medida tomada;
 - b. Fixar o grau de intensidade com que a medida afeta o princípio que joga contra ela:
4. Realizar o teste da proporcionalidade em sentido estrito:
- a. Apreciar o peso relativo de cada princípio em face do outro, utilizando-se escala triádica com graus leve, moderado e grave, fundamentando a classificação;
 - b. Apreciar o grau de certeza das premissas empíricas que compõem o argumento da ponderação.

3.2. PEC nº 47, de 2005

A PEC nº 47, de 2005, que tem como primeiro signatário o Senador Cristovam Buarque, tem por objetivo determinar a quebra de sigilo bancário de agentes políticos ocupantes de cargos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como de servidores públicos ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança, das administrações direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em sua justificação, os autores colocam, de um lado, a prevalência do interesse público, o respeito à moralidade e transparência das ações estatais, do outro, o direito do cidadão à privacidade. Argumentam que, para proteger o patrimônio do Estado de toda de corrupção, faz-se necessária a limitação do direito à privacidade (especificamente os sigilos fiscal e bancário) quanto a algumas pessoas (detentores de mandato eletivo e ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública).

Nesses casos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, aliado ao pressuposto hermenêutico da unidade da Constituição, autorizaria a flexibilização de alguns direitos individuais, para que outros possam ser prestigiados. Isto porque, em uma Constituição extremamente analítica como é a nossa, não é difícil vislumbrarem-se situações nas quais alguns direitos assegurados possam aparentemente entrar em choque. Daí a importância do trabalho do intérprete e do legislador derivado, no sentido de equacionar esses comandos aparentemente contraditórios, o que se dá

com a aplicação de outro pressuposto hermenêutico-constitucional: o da harmonização⁹⁷.

Na legislatura passada, o Senador Pedro Simon foi designado relator da proposta, manifestando-se pela sua aprovação na forma de emenda substitutiva. Em seu relatório, o Senador Simon cita julgados do STF, parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e doutrinadores como Sérgio Carlos Covello, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco para fundamentar a tendência à flexibilização do sigilo, incluindo referências ao exame de adequação e de necessidade para investigar a proporcionalidade de pedidos de quebra de sigilo.

No entanto, em nenhum momento realiza efetivamente os testes da proporcionalidade, conceito central da argumentação do próprio relator para fundamentar seu voto, limitando-se a citar, como um dos requisitos para a quebra do sigilo bancário, a razoabilidade:

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) indicam a possibilidade de quebra do sigilo bancário fora do âmbito exclusivamente jurisdicional, desde que, além do interesse público e da razoabilidade, tal procedimento esteja respaldado em previsão legal⁹⁸.

Por sua vez, na atual legislatura, o Senador Roberto Requião foi designado relator da proposta, manifestando-se pela rejeição da matéria. O Senador Requião critica a proposição, afirmando que ela faz exatamente o contrário daquilo que é propugnado em sua justificação, ou seja, deixa de promover a ponderação entre princípios, ao suprimir direitos constitucionais de determinados agentes públicos, em lugar de tentar harmonizá-los com o princípio da moralidade administrativa.

Ao dispor ser vedada a manutenção dos sigilos bancário e fiscal dos ocupantes das funções de confiança e dos cargos em comissão e ao estabelecer que ficam suspensos os sigilos bancário e fiscal do agente político, quando investido em cargo eletivo, a PEC em exame faz exatamente isto: suprime o direito à privacidade dessas pessoas, relativamente às informações sobre sua vida particular que podem ser extraídas dos registros bancários e fiscais⁹⁹.

Exercendo exame da necessidade da proposta, embora não de forma explícita, o Senador Roberto Requião argumenta que não haveria razão para permitir o acesso indiscriminado aos dados bancários e fiscais de detentores de mandato eletivo e de ocupantes

⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 47 de 2005. **Diário do Senado Federal**, nº 150, 21 set. 2005, p. 31421.

⁹⁸ SIMON, Pedro. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 47 de 2005. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 5 jun. 2008, p. 2.

⁹⁹ REQUIÃO, Roberto. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 47 de 2005. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 20 mar. 2014, p. 6.

de cargo em comissão, uma vez que a alternativa já consagrada em nosso ordenamento jurídico, que permite a quebra dos sigilos bancário e fiscal nas hipóteses de processo administrativo ou judicial para apurar infrações, é suficiente para resguardar os princípios da publicidade e da moralidade administrativa de forma igualmente eficaz, porém menos gravosa.

A legislação pátria, como reconhecido na própria justificação da PEC, já admite o acesso, por autoridades administrativas e judiciais, a dados protegidos pelos sigilos bancário e fiscal. O art. 198 do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, bem como o caput do art. 199 do mesmo Código, estabelecem que, além do intercâmbio de informações entre os entes federados, para fins de assistência mútua na fiscalização de tributos, suas respectivas fazendas públicas compartilharão dados protegidos pelo sigilo fiscal com autoridades judiciárias requisitantes, bem como com autoridades administrativas que comprovem a instauração regular de processo administrativo, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa¹⁰⁰.

O relator questiona se haveria interesse público na divulgação de dados sobre os gastos pessoais desses agentes em circunstâncias estranhas à apuração de infrações e pondera que os agentes políticos e os servidores públicos, em razão de seu vínculo com o Estado, já se sujeitam a exigências como a de publicação da remuneração e da apresentação, pelos candidatos a cargo eletivo, de declaração de bens, que é publicada pela Justiça Eleitoral.

Portanto, são medidas já existentes aptas para lograr o mesmo ou um melhor resultado (transparência e moralidade), porém de forma menos lesiva ou restritiva ao direito à privacidade. Em razão disso, a medida é reprovada e o relator fundamenta seu voto pela rejeição.

A matéria está pronta para a pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, porém ainda não foi deliberada.

3.3. PEC nº 38, de 2007

A PEC nº 38, de 2007, que tem como primeiro signatário o Senador João Vicente Claudino, objetiva disciplinar a mudança de domicílio eleitoral para os cargos de prefeito e vice-prefeito. A preocupação dos autores da PEC nº 38, de 2007, é coibir a prática conhecida como “prefeito itinerante”, quando os detentores do cargo no executivo municipal, no último ano de seus mandatos, mudam de domicílio eleitoral para se candidatarem a um terceiro

¹⁰⁰ REQUIÃO, op. cit., p. 4.

mandato seguido em municípios vizinhos¹⁰¹. Para tal, a Proposta de Emenda à Constituição determina a perda do mandato do prefeito e do vice-prefeito que transferir o domicílio eleitoral da circunscrição pela qual foi eleito e veda a candidatura destes na eleição imediatamente posterior à sua mudança de domicílio eleitoral.

Na justificação da proposta, os autores afirmam que a medida objetiva proteger o princípio democrático de igualdade de concorrência.

O relator da proposta, Senador Valdir Raupp, manifesta-se para aprovação da matéria, porém na forma de emenda substitutiva que garanta a proporcionalidade da medida a ser adotada. Segundo Raupp, a alternativa proposta (perda do mandato nos casos de mudança de domicílio) é desproporcional, pois afronta o princípio da soberania popular, que conferiu um mandato legítimo aos prefeitos e vice-prefeitos.

A primeira ponderação diz respeito ao § 1º que se propõe aduzir ao art. 15 da Constituição, e diz respeito ao princípio da soberania popular, de cujo exercício prático resultam os mandatos dos prefeitos. A mudança de domicílio eleitoral não se afigura, conforme o nosso entendimento, fundamento bastante para ensejar a perda de um mandato alcançado mediante o exercício legítimo da soberania popular. O instituto da inelegibilidade poderia se prestar à realização desse intento, talvez com melhor razoabilidade e proporcionalidade entre a ação e a sua norma disciplinadora¹⁰².

Assim, propõe o instituto da inelegibilidade, vedando o terceiro mandato para os chefes do Poder Executivo em todas as esferas federativas (Presidente da República, Governadores de Estados e do Distrito Federal, Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído), ainda que em circunscrição diversa.

Embora faça referência explícita à proporcionalidade, não há, da parte do relator, nenhuma incursão no exame dos seus elementos parciais. Ainda assim, a partir da fundamentação do voto e da emenda substitutiva apresentada, depreende-se que houve, implicitamente, o exame de necessidade, pois o relator, entre uma pluralidade de opções disponíveis, opta por aquela que considera menos gravosa ou nociva aos princípios constitucionais (a vedação do terceiro mandato consecutivo, em qualquer circunscrição, resguardando o princípio da soberania popular). Em outras palavras, Valdir Raupp rejeita o texto inicial da proposta por não estar satisfeito o critério da necessidade da medida, do que resulta a sua desproporcionalidade.

¹⁰¹ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 38 de 2007. **Diário do Senado Federal**, nº 63, 9 maio 2007, p. 13615.

¹⁰² RAUPP, Valdir. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 38 de 2007. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 7 nov. 2013, p. 2.

O relatório do Senador Valdir Raupp foi aprovado e passou a constituir o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Durante a discussão da matéria, o relator acolheu a sugestão do Senador José Pimentel, para incluir no substitutivo a expressão “para o mesmo cargo”, deixando claro o alcance da vedação do terceiro mandato consecutivo. Não houve nenhuma intervenção durante o período de discussão que contribuísse para a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.4. PEC nº 66, de 2007

A PEC nº 66, de 2007, que tem como primeiro signatário o Senador João Durval, pretende assegurar o recebimento de recursos do fundo partidário e o acesso gratuito ao rádio e à televisão apenas aos partidos que elejam ao menos um representante para a Câmara dos Deputados. O Senador Pedro Taques foi designado relator da matéria e se manifestou pela rejeição da proposta.

Em sua justificação, os autores argumentam que o objetivo do projeto é coibir, nas eleições brasileiras, a organização de partidos que servem como “legendas de aluguel”, e ressalvam:

Não é nosso objetivo, com a medida, impedir a livre criação de partidos políticos no País, mas impor critérios para o funcionamento partidário, em especial no tocante ao repasse de verbas públicas. Busca-se, ademais, o equilíbrio entre o princípio da pluralidade partidária e a necessidade de se evitar a proliferação de partidos sem base social, sem programas¹⁰³.

A cláusula de barreira é defendida para conter o multipartidarismo extremo, que atinge os princípios da soberania e da representação e, conseqüentemente, distorce a democracia. Por sua vez, a vedação proposta é refutada por implicar a violação de vários princípios protegidos pela Constituição, entre eles a própria soberania popular, o pluralismo político, o pluripartidarismo, a liberdade dos partidos políticos, o princípio da isonomia enquanto igualdade de oportunidades, a proteção das minorias, a liberdade de associação e o princípio da igualdade do voto.

Citando a jurisprudência do STF, que frustrou inúmeras tentativas do legislador ordinário de restringir a proliferação indiscriminada de partidos políticos, o relator enumera uma série de argumentos contrários à PEC nº 66, de 2007. Para ilustrar a linha de argumentação, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei

¹⁰³ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 66 de 2007. **Diário do Senado Federal**, nº 119, 10 ago. 2007, p. 27126.

nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. A partir de trechos do voto do relator, é possível encontrar referências à proporcionalidade e à razoabilidade:

Resumindo, surge com extravagância maior interpretar-se os preceitos constitucionais a ponto de esvaziar-se o pluripartidarismo, cerceando, por meio de atos que se mostram pobres em razoabilidade e exorbitantes em concepção de forças, a atuação deste ou daquele partido político¹⁰⁴. [...] Ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se imprópria a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter presente que, a persistirem partidos e parlamentares a eles integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias¹⁰⁵.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, estabelece a relação entre a cláusula de barreira e o princípio da proporcionalidade:

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, in totum, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional¹⁰⁶.

Apesar do suporte na jurisprudência, em nenhum momento o princípio da proporcionalidade é aplicado no relatório para fundamentar a rejeição da proposta.

A regra da proporcionalidade somente é mencionada pelo relator para justificar a necessidade de modificar a cláusula de vigência da PEC, caso o voto fosse favorável, uma vez que a matéria não estabeleceu qualquer *vacatio constitutionis* para a alteração no texto da Lei Maior. Ou seja, se aprovadas, as alterações teriam vigência imediata. Para o Senador Taques, esta situação é dificilmente conciliável com o princípio da proporcionalidade, pois resultaria na mudança das regras eleitorais quando já se tivesse conhecimento de quem seriam os ganhadores e perdedores na nova situação. Parece-nos, entretanto, que o relator faz, neste ponto de seu relatório, um juízo de razoabilidade, e não a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A matéria está pronta para a pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, porém ainda não foi deliberada.

3.5. PEC nº 82, de 2007

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF. **Diário da Justiça**, nº 62, 30 mar. 2007, p. 53.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 127.

A PEC n° 82, de 2007, tem como primeira signatária a Senadora Maria do Carmo Alves e pretende condicionar o exercício de qualquer atividade ambientalmente arriscada à contratação prévia de um seguro de responsabilidade civil.

Na justificação da PEC, os autores consideram razoável a exigência da realização de um contrato de seguro de responsabilidade civil específico como condição para que o Estado autorize atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente:

Ora, ao se exigir do segurado a preservação do bem, objetivando minorar o risco do sinistro, com a adoção de medidas preventivas, o que se tem é uma contribuição direta e efetiva para a redução dos danos ambientais. Esse papel de prevenção, da qual as seguradoras não podem abrir mão, é um dos mais efetivos instrumentos contra danos ambientais, ao garantir dúplice proteção – prevenção e cobertura¹⁰⁷.

Na legislatura passada, a matéria foi relatada pela Senadora Serys Slhessarenko, que opinou pela sua aprovação, sugerindo apenas uma emenda de redação na ementa da PEC. Na análise da proposta, a relatora apresenta os argumentos que fundamentam sua decisão:

No mérito, a obrigatoriedade de mais um seguro – a exemplo do que ocorre com os automóveis – significará um impulso para as atividades das seguradoras, que passarão a dispor de um novo e vasto mercado de atuação, capitalizando o setor e gerando novos empregos. [...] Além disso, a existência do seguro permitirá que a administração pública, em casos de danos à natureza, seja ressarcida mais rapidamente do que ocorre nos dias de hoje, o que, na prática, resultará numa melhoria das condições para que a administração promova medidas para uma mais ágil superação dos danos ambientais causados¹⁰⁸.

Com o desligamento da Senadora da Comissão ao final de seu mandato sem que tenha ocorrido a deliberação de seu relatório, o Senador Blairo Maggi foi designado relator da matéria na presente legislatura, manifestando-se, por sua vez, pela rejeição da proposta.

Diferente da justificação dos autores e da argumentação da Senadora Serys Slhessarenko, o Senador Maggi afirma, na fundamentação de seu voto, que a medida proposta afronta os princípios constitucionais da livre iniciativa e do livre exercício do trabalho, sem promover algum ganho social relevante, uma vez que a aprovação da PEC restringiria diversas atividades econômicas pela dificuldade de encontrar seguradora interessada em contratar o seguro de responsabilidade ambiental por um preço razoável.

De um lado, especialistas em seguros de responsabilidade civil ambiental relatam que esse ramo

¹⁰⁷ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n° 82 de 2007. **Diário do Senado Federal**, n° 129, 24 ago. 2007, p. 28562.

¹⁰⁸ SLHESSARENKO, Serys. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n° 82 de 2007. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 11 fev. 2009, p. 2.

do mercado securitário não atrai as seguradoras e os segurados ao ponto de se poder condicionar o exercício de qualquer atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente ao longo do nosso vasto País à prévia contratação de um seguro ambiental privado. Muitas seguradoras ou não irão oferecer esse produto (por desinteresse), ou estipularão o prêmio em um valor muito elevado, o que seria um “banho de água fria” na economia brasileira. E veja que as seguradoras não são obrigadas – e nem poderiam ser – a celebrar contratos de seguros para assumir os riscos vertiginosos de eventual dano ambiental¹⁰⁹.

Em outras palavras, o relator se aproxima do sopesamento característico do exame da proporcionalidade em sentido estrito, onde quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio (a livre iniciativa e o livre exercício do trabalho), maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio (proteção ao meio ambiente). E completa:

[...] a aprovação da presente proposição legislativa poderá frear, por completo, diversas atividades econômicas no País, pois, sem encontrar seguradora interessada em contratar o seguro de responsabilidade civil ambiental por um preço razoável, várias empresas naufragariam na inatividade¹¹⁰.

Em seu relatório, o Senador Blairo Maggi apresenta o resultado da ponderação antes dos testes das máximas parciais da adequação, com prejuízo para a subsidiariedade exigida, ainda que, em todos os elementos, a conclusão é pela desproporcionalidade da medida. Aliás, somente o teste da adequação, o primeiro deles, seria suficiente para rejeitar a medida.

Um dos questionamentos do Senador Blairo Maggi corresponde à análise da adequação da medida, o primeiro teste da proporcionalidade. O meio adequado é aquele apropriado para a obtenção do fim desejado. Neste sentido, ao afirmar que a obrigação implicaria uma despesa adicional elevada às empresas, conclui o relator que a obrigação de contratação de seguro ambiental reduziria os investimentos em proteção do meio ambiente:

Mas o pior de tudo isso é que esse acréscimo de ônus às empresas acabaria por produzir um efeito contrário ao pretendido: ao invés de proteger mais o meio ambiente, a obrigação de contratação de seguro ambiental desestimularia as empresas a investir em mecanismos de prevenção de sinistros ambientais. Afinal de contas, caso alguma lesão ocorra, a sua reparação será custeada pela seguradora. Além do mais, seria mais barato contratar o seguro do que investir em equipamentos e mecanismos de prevenção. Nesse sentido, o seguro

¹⁰⁹ MAGGI, Blairo. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 82 de 2007. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 27 jun. 2013, p. 4.

¹¹⁰ Ibidem, p. 6.

ambiental poderá vir a ser uma verdadeira “licença para poluir”¹¹¹.

Desta forma, conclui que a medida proposta (contratação prévia de um seguro) não contribui para a satisfação do objetivo (proteção do meio ambiente), sendo, portanto, inadequada.

Quanto ao exame da necessidade da medida, ainda que não seja realizado de forma isolada, o Senador Blairo Maggi destaca uma série de mecanismos já existentes no ordenamento jurídico pátrio que visam à proteção do meio ambiente de forma mais eficaz e menos desvantajosa, entre eles o prévio licenciamento ambiental, a apresentação do estudo de impacto ambiental com o respectivo relatório de impacto ambiental, a compensação ambiental e a imprescritibilidade da pretensão indenizatória.

Além disso, o relator propõe alternativas que, em sua opinião, são mais eficazes para fomentar a proteção ambiental, como o incentivo (e não a obrigação) à contratação de seguros ambientais por meio de descontos em tributos ou a exigência de comprovação de idoneidade financeira das empresas, para garantir a reparação dos eventuais danos ao meio ambiente, caso ocorram.

Com o afastamento do Senado Blairo Maggi do exercício do mandato, a proposição foi distribuída para o seu suplente, o Senador Cidinho Campos em março de 2014. Em virtude do fim do exercício do seu mandato, devido ao retorno do titular em julho de 2014, a matéria está na CCJ aguardando a designação do relator.

3.6. PEC n° 33, de 2012

A PEC n° 33, de 2012, que tem como primeiro signatário o Senador Aloysio Nunes, prevê a possibilidade de desconsideração da inimizabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar¹¹². Em conjunto, tramitam as Propostas de Emenda à Constituição n° 20, de 1999; n° 90, de 2003; n° 74 e 83, de 2011; n° 21, de 2013, todas versando sobre redução da maioria penal.

No âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, o Senador Ricardo Ferraço foi designado relator da matéria e seu voto, pela aprovação da PEC n° 33, de 2012 e rejeição das demais proposições. Segundo o relator:

[...] se observamos com atenção parece ser obrigatória a conclusão segundo a qual a política diferenciada de tratamento dos menores infratores, de um lado não

¹¹¹ MAGGI, op. cit., p. 7.

¹¹² BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n° 33 de 2012. **Diário do Senado Federal**, n° 102, 4 jul. 2012, v. 2, p. 31394 - 31399.

recupera os menores em conflito com a lei e, de outro, deixa a sociedade indefesa em face da violência por eles perpetrada. Só para ilustrar a situação corrente, temos que os atos infracionais praticados por adolescentes aumentaram aproximadamente 80% em 12 anos, ao subir de 8.000, em 2000, para 14,4 mil, em 2012. Em abril último [2013], o Jornal *O Globo* publicou matéria fundamentada em números oficiais fornecidos por secretarias de segurança de oito unidades da Federação. Na referida reportagem nos são trazidos dados suficientes para demonstrar a falência do sistema estabelecido pelo ECA [Estatuto da Criança e do Adolescente]¹¹³.

Em votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o relatório do Senador Ricardo Ferraço foi rejeitado. Como parecer da CCJ, foi aprovado o Voto em Separado do Senador Randolfe Rodrigues, que se manifestou pela rejeição de todas as propostas.

No Voto em Separado, o Senador Randolfe Rodrigues contesta o argumento de que a onda de violência social cometida por menores infratores seja fruto da impunidade, afirmando que o mesmo carece de fundamentação.

Para o Senador Randolfe, a redução da maioria penal atenta contra o princípio da proporcionalidade, uma vez que o Estado possui meios menos onerosos (a integral implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente e a satisfação dos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes) para atingir o objetivo pretendido (o combate à violência praticada por menores infratores).

Trata-se aqui do exame da necessidade da medida, a segunda máxima parcial da proporcionalidade, quando o relator do vencido afirma que, as alternativas já existentes no ordenamento jurídico são adequadas para alcançar os fins desejados, porém com menor restrição aos direitos e liberdades individuais garantidos na Constituição.

No Plenário do Senado Federal, foi interposto recurso no prazo regimental, no sentido de que continue a matéria continue tramitando, apesar da rejeição na CC, no que aguarda a inclusão em Ordem do Dia oportunamente, para discussão em primeiro turno.

3.7. PEC n° 50, de 2012

A PEC n° 50, de 2012, que tem como primeiro signatário a Senadora Ana Amélia, estabelece a contagem em dias do tempo excedente de contribuição do servidor público para fins da regra de transição de aposentadoria prevista no art. 3° da Emenda Constitucional n° 47,

¹¹³ FERRAÇO, Ricardo. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n° 33 de 2012. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 16 out. 2013, p. 7.

de 2005. De acordo com a redação atual, essa redução é fixada de um ano de idade para cada ano de contribuição excedente, ou seja, o ano completo. Com a proposta, o servidor público reduzirá a idade mínima para a sua aposentadoria à razão de um dia de idade para cada dia de contribuição que exceder os trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher¹¹⁴.

O relator da matéria, o Senador Álvaro Dias, manifesta-se pela sua aprovação argumentando se tratar de uma medida mais adequada para definir o momento em que o servidor adquire o direito à aposentadoria voluntária e, por isso, concordante com o princípio da proporcionalidade.

Cumprе ressaltar que, na aplicação da máxima da proporcionalidade, deve-se ponderar entre dois princípios ou direitos legítimos, para que sejam sopesados, a fim de escolher qual deles deve prevalecer sobre o outro. Consiste, portanto, numa estrutura formal de relação meio-fim. O mesmo não ocorre com a aplicação da razoabilidade, já que esta não implica a otimização de princípios, mas a consideração dos interesses concretamente em jogo, traduzindo uma condição material para a aplicação individual da justiça, afastando-se medidas desarrazoada e priorizando a justiça, o bom senso e a razão.

Nesse caso, portanto, a proporcionalidade é utilizada como sinônimo de razoabilidade.

3.8. PEC nº 57, de 2012

A PEC nº 57, de 2012, que tem como primeiro signatário o Senador Luiz Henrique da Silveira, inclui o art. 16-A na Constituição Federal, para dispor sobre a vedação de divulgação de pesquisas eleitorais, nos quinze dias que antecedem o pleito eleitoral em 1º e 2º turnos¹¹⁵. O relator da proposta, o Senador Randolfe Rodrigues, manifesta-se pela aprovação da matéria.

Em seu relatório, o Senador Randolfe Rodrigues explicita os princípios constitucionais conflitantes e adota o princípio da proporcionalidade para fundamentar a restrição à liberdade de pensamento e à liberdade de informação:

No que se refere aos direitos e garantias individuais, embora o STF já tenha se manifestado em outra oportunidade que norma legal com tal conteúdo viola a livre manifestação do pensamento e a liberdade de

¹¹⁴ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 50 de 2012. **Diário do Senado Federal**, nº 143, 14 set. 2012, p. 47872 - 47875.

¹¹⁵ Idem. Proposta de Emenda à Constituição nº 57 de 2012. **Diário do Senado Federal**, nº 180, 8 nov. 2012, p. 59558 - 59563.

acesso à informação, entendo que tal entendimento encontra-se superado e a atual realidade do processo eleitoral brasileiro impõe uma visão jurídica que admita excepcionalmente a restrição a tais direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade, visto que tal medida se revela necessária e adequada a garantir a livre manifestação da vontade do eleitor, isenta de manipulação indevida por parte dos meios de comunicação¹¹⁶.

Para declarar a proporcionalidade da medida, é necessária a análise subsidiária das três máximas parciais. Porém, a adequação e a necessidade do meio proposto sequer foram analisadas, havendo apenas a ponderação entre os princípios conflitantes para emissão da decisão.

Quanto ao da adequação, não existe clareza ou apresentação expressa quanto aos juízos que fundamentam a decisão do relator. Num primeiro momento, o relator afirma que as pesquisas interferem na formação da livre manifestação do eleitor ao favorecer a prática do voto útil, quando o eleitor baseia seu voto na informação probabilística fornecida pelas pesquisas eleitorais prévias:

[...] as pesquisas eleitorais possuem o condão de induzir a prática do chamado voto útil, aquele que objetiva vetar a vitória de determinado candidato e não manifestar a preferência por candidato tido como sem probabilidade de êxito pelas pesquisas¹¹⁷.

Assim, na opinião do relator, ao combater o voto útil, a proposta se mostra adequada, uma vez que a sua aplicação (restringir a divulgação de pesquisas eleitorais) possibilita a realização do objetivo pretendido (evitar a interferência da pesquisa na livre manifestação da vontade do eleitor).

Para realizar o exame da necessidade, cabe comparar a proposta com medidas alternativas que sejam capazes de fomentar, com a mesma intensidade, o mesmo objetivo pretendido, porém limitando menos possível o princípio antagônico (o exercício da liberdade de informação). No relatório do Senador Randolfe Rodrigues não há qualquer menção à existência ou não de alternativas.

É imperioso considerar que nosso ordenamento jurídico possui alternativa relativa à divulgação das pesquisas eleitorais. O disposto no art. 33 da Lei nº 9.504, de 1997, obriga as entidades e empresas que realizam pesquisas de opinião pública a registrarem cada pesquisa na Justiça Eleitoral. Essa medida tem o condão de garantir maior lisura na divulgação destes

¹¹⁶ RODRIGUES, Randolfe. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 57 de 2012. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 1º out. 2013, p. 3.

¹¹⁷ Ibidem, p. 3.

dados, possibilitando a ação fiscalizadora das agremiações político-partidárias, dos candidatos e do Ministério Público Eleitoral, sem restringir o exercício da liberdade de informação.

Uma vez que os autores da PEC criticam o fato da maioria das pesquisas serem “encomendadas para induzir o voto do eleitor”, seria oportuno avaliar medidas que coibissem essa prática. Assim, uma medida alternativa, capaz de promover o objetivo pretendido, seria o aprimoramento da legislação brasileira sobre a realização de pesquisas eleitorais, atacando sobretudo o conflito de interesses das entidades e empresas que realizam pesquisas para partidos políticos, para governos e para veículos de comunicação ao mesmo tempo. Essa prática responde, em grande parte, pela transformação das pesquisas eleitorais em verdadeiros instrumentos de propaganda para inflar ou depreciar candidaturas. Uma proposta nesse sentido representaria uma intervenção na livre iniciativa e caberia ponderar se o grau de intensidade dessa restrição seria superado pelos benefícios auferidos.

Assim, procedendo a análise mais detida da necessidade do meio proposto, a vedação da divulgação de pesquisas eleitorais, não resistindo à ponderação com outras medidas semelhantes menos gravosas do ponto de vista da restrição de princípios, poderia ser considerada desproporcional por não passar no teste da necessidade.

Aproximando-se de um exame de proporcionalidade em sentido estrito, o Senador Randolfe Rodrigues argumenta que os abusos decorrentes da liberdade de expressão podem afetar de maneira decisiva e irreversível o resultado eleitoral, o que justificaria a precedência do pleno exercício da livre formação da convicção do eleitor sobre a liberdade de expressão:

A restrição por período determinado às pesquisas eleitorais que se pretende introduzir na Constituição Federal com amparo na parte final do referido art. 220 justifica-se pela necessidade de se resgatar os princípios democráticos e a soberania popular genuína, assegurando-se a livre formação da convicção do eleitor e sua manifestação nas urnas. Ademais, diversamente das demais situações, eventual excesso do exercício da liberdade de informação, caracterizado por divulgação de pesquisa eleitoral que afete diretamente candidato a cargo eletivo, impedindo sua vitória nas urnas, dificilmente comportará reversão do prejuízo causado e tampouco pode ser dirimido por meio de direito de resposta ou compensação econômica¹¹⁸.

Em outubro de 2013, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aprovou o Requerimento nº 73, de 2013-CCJ, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, para realização de Audiência Pública, com o objetivo de instruir a matéria, que foi retirada de pauta.

¹¹⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 4.

3.9. Conclusões Preliminares

Dos sete relatórios selecionados para análise, três aplicaram o princípio da proporcionalidade para rejeitar o texto inicial (PEC n° 47 de 2005; PEC n° 82 de 2007 e PEC n° 33 de 2012), sendo que um deles propõe, com base no exame da necessidade, um texto substitutivo (PEC n° 38 de 2007). À exceção da PEC n° 82 de 2007, que apresenta argumentos que permitem fundamentar o exame das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as demais propostas justificam a desproporcionalidade do texto inicial unicamente através de argumentos correspondentes ao teste da necessidade.

Outros dois relatórios (PEC n° 66 de 2007 e PEC n° 50 de 2012), embora citem explicitamente o princípio da proporcionalidade, não aplicam a estrutura racional e subsidiária compreendida como a análise de seus três elementos parciais. A simples menção à proporcionalidade se aproxima de uma referência à razoabilidade, ou seja, apenas reafirma a existência de uma coesão entre as razões que ensejam a medida e a finalidade que se pretende alcançar.

Por fim, o relatório à PEC n° 57 de 2012 é o único que menciona o princípio da proporcionalidade para justificar a aprovação do texto inicial. No entanto, o relator não aplica a ordem pré-estabelecida em que as máximas parciais devem ser examinadas e os argumentos utilizados permitam concluir, apenas por dedução, pela adequação da medida proposta. Para arguir a necessidade da medida, não são contrapostas alternativas igualmente adequadas. Com relação ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, resta sucinta exposição de argumentos concluindo que a importância da realização de um direito fundamental (livre formação da convicção do eleitor) justifica a limitação de outro (liberdade de expressão).

4. CONCLUSÕES

A partir da presente pesquisa, conclui-se que o princípio da proporcionalidade foi utilizado como critério para o controle preventivo de constitucionalidade das Propostas de Emenda à Constituição durante a 54ª Legislatura. A partir dos critérios de seleção dos relatórios para análise, chegou-se a um universo de 220 relatórios apresentados, dos quais sete citavam expressamente o princípio da proporcionalidade. É verdade que esse conjunto representa pouco mais de 3% dos relatórios apresentados no período, um valor pouco expressivo para se admitir que o princípio da proporcionalidade seja um critério amplamente aplicado.

No entanto, algumas considerações permitem relativizar essa conclusão. Em primeiro lugar, a abrangência da pesquisa não incluiu outras proposições que, igualmente submetidas à apreciação da CCJ, sujeitam-se ao exame de constitucionalidade, como os Projetos de Lei do Senado e da Câmara, os Projetos de Resolução, os Projetos de Decreto Legislativo e os Projetos de Lei de Consolidação. Uma investigação mais abrangente da atuação da CCJ, embora mais onerosa, poderia elucidar com maior precisão a importância da proporcionalidade enquanto critério do controle preventivo de constitucionalidade.

Além disso, a limitação do período abrangido pela pesquisa implica na restrição da investigação ao perfil parlamentar dos integrantes da 54ª Legislatura, mais especificamente ao perfil dos Senadores que fizeram ou fazem parte da composição da Comissão de Constituição e Justiça entre 2011 e 2014. Nesse sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode estar relacionada à formação e experiência profissional dos membros da CCJ, por exemplo, e menos a uma prática institucional daquele colegiado.

Essa mesma consideração se aplica, por analogia, à formação das assessorias técnicas de gabinetes parlamentares e lideranças partidárias, bem como do quadro de consultores da Consultoria Legislativa, que presta assessoramento especializado aos Senadores, inclusive na elaboração de minutas de proposições e relatórios.

Outra consideração diz respeito à metodologia do presente trabalho, que analisou apenas os relatórios em que o princípio da proporcionalidade foi explicitamente citado. É possível que a utilização de outras palavras-chave para a consulta pudesse habilitar outros relatórios à seleção. Além disso, a análise crítica dos textos poderia identificar relatórios que apliquem a regra da proporcionalidade, ainda que essa não seja sequer citada.

Quanto à sistemática de aplicação do princípio da proporcionalidade, no que diz respeito à análise subsidiária dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em

sentido estrito, desconsiderando-se aqui os dois relatórios em que a proporcionalidade é claramente adotada como mera exigência de razoabilidade, é possível concluir que o princípio não é utilizado de forma estruturada, faltando correspondência com sua construção metodológica. Além disso, em todos os cinco relatórios, somente é possível deduzir os argumentos que fundamentam os testes das máximas parciais da proporcionalidade, pois não se procede ao seu exame de forma concreta e isolada.

Nos relatórios em que ocorre a rejeição do texto inicial, essa falta de correspondência não chega a invalidar a pertinência do princípio da proporcionalidade enquanto critério satisfatório para fundamentar o controle de constitucionalidade. Assim, no relatório da PEC n° 47, de 2005, por exemplo, o Senador Roberto Requião descreve os princípios em conflito (os princípios da moralidade administrativa e da publicidade *versus* o direito à privacidade, especificamente os sigilos fiscal e bancário), porém não realiza o teste da adequação. Após proferir o exame da necessidade da proposta, indicando alternativas já consagradas no ordenamento jurídico para atingir os fins pretendidos, conclui pela desproporcionalidade da medida. Em razão disso, torna-se dispensável a realização do exame da proporcionalidade em sentido estrito, manifestando-se o relator pela rejeição da PEC.

O mesmo se verifica no relatório da PEC n° 38, de 2007, o Senador Valdir Raupp que destacou os princípios colidentes (o princípio da soberania popular *versus* o princípio democrático da igualdade de concorrência), entretanto não realizou o exame da adequação da medida. Por outro lado, o relator identifica uma alternativa menos gravosa do que a medida inicialmente indicada pelo autor da PEC, o que corresponde ao exame da necessidade da matéria, afirmando com isso a desproporcionalidade do texto inicial. Assim, sendo dispensável o teste da proporcionalidade em sentido estrito, propõe emenda substitutiva à PEC.

De igual maneira, na PEC n° 33, de 2012, o Senador Randolfe Rodrigues, designado relator do vencido em razão da rejeição do relatório do Senador Ricardo Ferraço, embora descreva os princípios em colisão (as garantias fundamentais das crianças e adolescentes *versus* a segurança pública), todavia não concretiza o exame da adequação. Em seguida, adotando argumento semelhante ao do Senador Roberto Requião na PEC n° 47, de 2005, afirma já existirem alternativas mais adequadas no ordenamento jurídico para alcançar os fins pretendidos pela medida, porém com menor restrição aos direitos garantidos constitucionalmente. Por se tratar de uma análise equivalente ao teste da necessidade, o Senador Randolfe Rodrigues declara a desproporcionalidade da PEC, manifestando-se pela sua rejeição.

Por sua vez, na apreciação da PEC n° 82, de 2007, é possível relacionar os argumentos do Senador Blairo Maggi com os três elementos parciais da proporcionalidade, não obstante nenhum deles seja isoladamente analisado, nem apareçam na ordem pré-definida do princípio. Ademais, todos os argumentos apresentados pelo relator concluem pela desproporcionalidade da PEC, ou seja, o exame da proporcionalidade poderia ser interrompido no teste de adequação, sendo dispensáveis os testes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Os princípios colidentes são claramente identificados (os princípios da livre iniciativa e do livre exercício do trabalho *versus* a proteção do meio ambiente). Sobre a adequação, o Senador Blairo Maggi conclui que a medida não contribui para a satisfação do objetivo. Quanto à necessidade, o relator destaca uma série de mecanismos já existentes no ordenamento jurídico pátrio que visam à proteção do meio ambiente de forma mais eficaz e menos desvantajosa, além de propor alternativas. Por fim, pondera que a importância do cumprimento de um princípio não é maior que o grau de interferência do outro, manifestando-se pela desproporcionalidade da PEC e por sua rejeição.

Por outro lado, a falta de correspondência metodológica é mais evidente e compromete a proporcionalidade enquanto critério de controle de constitucionalidade quando o relatório é pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição, como é o caso da PEC n° 57, de 2012, relatada pelo Senador Randolfe Rodrigues. Ao aplicar o princípio da proporcionalidade como critério para a aprovação da medida, torna-se exigível que todos os testes parciais sejam realizados subsidiariamente. Não é o que acontece. O relator explicita os princípios colidentes (a liberdade de acesso à informação *versus* a livre manifestação da vontade do eleitor), sem realizar os exames da adequação e da necessidade da medida. Ao argumentar que os abusos decorrentes da liberdade de expressão podem afetar de maneira decisiva e irreversível o resultado eleitoral, o Senador Randolfe Rodrigues justifica a precedência do pleno exercício da livre formação da convicção do eleitor sobre a liberdade de expressão, aproximando-se do sopesamento característico do teste da proporcionalidade em sentido estrito, que serve isoladamente para determinar a decisão.

Ao par dessas considerações, observa-se que nenhum relatório seguiu estritamente a sistemática da proporcionalidade no que diz respeito à apreciação subsidiária de suas máximas parciais. Tanto no relatório da PEC n° 82, de 2007, quanto da PEC n° 57, de 2012, que realizam um procedimento que se assemelha ao sopesamento da proporcionalidade em sentido estrito, os princípios colidentes simplesmente são ponderados, como se colocados numa balança para verificar o mais “pesado”, sem que se esclareçam quais os critérios que fundamentam essa preferência.

Tais constatações acabam reforçando algumas das críticas que são dirigidas ao princípio da proporcionalidade, principalmente sobre a subjetividade das decisões. Como a proporcionalidade é utilizada sem uma argumentação que demonstre suficientemente a validade das conclusões, não é possível identificar, com a clareza necessária, as efetivas razões que as determinaram.

Por último, a análise dos outros dois relatórios, apresentados à PEC nº 66 de 2007 e à PEC nº 50 de 2012, permite concluir que a proporcionalidade e a razoabilidade, enquanto princípios interpretativos são utilizados como sinônimos, em contraposição à doutrina dominante em nosso ordenamento jurídico, que assevera não poderem ser utilizados indistintamente, tendo em vista suas diferenças, não só pela origem, mas também pela estrutura teórica e pela metodologia de aplicação ao caso concreto. Nesses casos, a menção à proporcionalidade funciona como um argumento retórico para justificar a adoção de uma determinada solução em detrimento de outra, pressupondo-se, assim, abstratamente, que a solução adotada seria a mais justa, de acordo com o senso comum sobre o tema tratado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARABI, Abhner Youssif Mota. A teoria argumentativa de Robert Alexy e o princípio da proporcionalidade: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, nº 21, jan-jul. 2012. Disponível em < <http://goo.gl/ehyA9i>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev, 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2014.

_____. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 47 de 2005. Acrescenta o § 12 ao art. 14 e o § 13 ao art. 37 da Constituição Federal, para restringir os sigilos bancário e fiscal, nas hipóteses mencionadas. **Diário do Senado Federal**, nº 150, 21 set. 2005. p. 31420 - 31425. Disponível em: < <http://goo.gl/a4CvJz>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____._____. **Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970**. Brasília: Senado Federal, v.1, 2007.

_____._____. Proposta de Emenda à Constituição nº 38 de 2007. Acrescenta §§ 1º e 2º ao art. 15 da Constituição Federal, para disciplinar a mudança de domicílio eleitoral para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito. **Diário do Senado Federal**, nº 63, 9 maio 2007. p. 13614 - 13619. Disponível em: < <http://goo.gl/akX4mX>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____._____. Proposta de Emenda à Constituição nº 66 de 2007. Dá nova redação ao § 3º do art. 17 da Constituição Federal, de modo a disciplinar o acesso aos recursos do fundo partidário. **Diário do Senado Federal**, nº 119, 10 ago. 2007. p. 27125 – 27127. Disponível em: < <http://goo.gl/rjNUZa>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____._____. Proposta de Emenda à Constituição nº 82 de 2007. Altera o art. 225 da Constituição Federal para determinar a instituição de seguro de responsabilidade civil, nas atividades lesivas ou potencialmente danosas ao meio ambiente. **Diário do Senado Federal**, nº 129, 24 ago. 2007. p. 28561 - 28563. Disponível em: < <http://goo.gl/Gmk0la>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. _____. Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012. Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimizabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar. **Diário do Senado Federal**, nº 102, 4 jul. 2012. v. 2, p. 31394 - 31399. Disponível em: < <http://goo.gl/4p1oyG>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. _____. Proposta de Emenda à Constituição nº 50 de 2012. Altera o art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, para estabelecer a contagem em dias do tempo excedente de contribuição do servidor público para fins da regra de transição de aposentadoria prevista no dispositivo. **Diário do Senado Federal**, nº 143, 14 set. 2012. p. 47872 - 47875. Disponível em: < <http://goo.gl/wdJem0>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. _____. Proposta de Emenda à Constituição nº 57 de 2012. Inclui o art. 16-A na Constituição Federal, para dispor sobre a vedação de divulgação de pesquisas eleitorais, nos quinze dias que antecedem o pleito eleitoral em 1º e 2º turnos. **Diário do Senado Federal**, nº 180, 8 nov. 2012. p. 59558 - 59563. Disponível em: < <http://goo.gl/INMndg>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3/DF. **Diário da Justiça**, nº 62, 30 mar. 2007. Disponível em: < <http://goo.gl/LPrdY7>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAÇO, Ricardo. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 16 out. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/xpCs2Z>>. Acesso em: 8 out. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 255-269.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: RCS Editora, 2007.

MAGGI, Blairo. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 82 de 2007. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/NI8BjW>>. Acesso em: 8 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo: UNISINOS, 2013. Disponível em: < <http://goo.gl/PDEHEe>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

RAUPP, Valdir. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 38 de 2007. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 7 nov. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/XguZFj>>. Acesso em: 8 out. 2014.

REQUIÃO, Roberto. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 47 de 2005. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/WW8OQG>>. Acesso em: 8 out. 2014.

RODRIGUES, Randolfe. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 57 de 2012. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 1º out. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/zmjYv3>>. Acesso em: 8 out. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SIMON, Pedro. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 47 de 2005. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 5 jun. 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/HxRVVF>>. Acesso em: 8 out. 2014.

SLHESSARENKO, Serys. Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 82 de 2007. **Portal de Atividades Legislativas do Senado Federal**. Apresentado em 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/jktsMI>>. Acesso em: 8 out. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.