

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E FONTE DE EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

*Herbert Luís da Costa **

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar os aspectos que envolvem o modelo de separação de poderes concretizado no sistema presidencialista de governo e frente ao direito constitucional contemporâneo. A importância deste estudo é latente e merece destaque na medida em que se verifica uma correspondência do princípio da proporcionalidade com o tema que será objeto do estudo, pois, esta norma principiológica permite delinear um caminho objetivo, na qualidade de um teste de controle de constitucionalidade, estabelecendo critérios racionais, ponderados e justos para que se possa permear até que ponto uma norma exarada de um órgão qualquer do Poder guarda estreita relação com os preceitos da Constituição da República, agindo assim na qualidade de fator de legitimação social do pronunciamento judicial, garantindo, assim, maior efetividade e segurança jurídica na decisão, além de enriquecer a força normativa e principiológica da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE

Separação de Poderes. Princípio. Proporcionalidade.

* Mestrando no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.
hl.costa@terra.com.br

Introdução

O estudo que aqui se apresenta sobre o princípio da Proporcionalidade como critério aferidor das normas infraconstitucionais e no conflito entre Poderes promove o debate constitucional contemporâneo, que inegavelmente ganhou fôlego e reconhecimento no Brasil.

A necessidade e o alcance de um discurso constitucional a partir das recentes abordagens no âmbito do Supremo Tribunal Federal revelam como tarefa angariar as pesquisas comprometidas com o desenvolvimento Constitucional do Estado com base na teoria do princípio da proporcionalidade colaborando, assim, para o avanço consciente e útil do conhecimento jurídico.

Os objetivos, de ordem geral, buscam analisar o princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação constitucional das normas de tal forma a manter o equilíbrio entre os Poderes, evitando assim que determinado ato normativo entre hostilmente em campo de competência diverso havendo usurpação das funções de um órgão do Poder em relação ao outro. Estritamente, objetiva-se delinear o modelo padrão de separação de Poderes, tipicamente adotado no sistema presidencialista de governo e os seus reflexos diante das discussões no Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Ademais, busca-se especificamente delinear os contornos da Teoria Constitucional do Princípio da Proporcionalidade identificando os elementos ou subprincípios que a integram contribuindo, de forma prática, na sua aplicabilidade e de que forma esta norma principiológica servirá como vetor interpretativo para contornar as decisões judiciais almejando o equilíbrio entre os Poderes diante dos seus atos normativos.

O problema que se instala reside no fato de que a análise do magistrado diante de ato normativo, independente do Poder que o exarou – executivo, legislativo ou judiciário – cogitado de eventual vício usurpador, muitas vezes, se pauta num juízo subjetivo de valor, embora motivado e fundamentado, considerando o arcabouço probatório constante do caso.

A questão é que só isso não basta. É necessário estabelecer um critério racional, razoável para que o magistrado, objetivamente, consiga identificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, como se ela passasse por teste de controle e, ao final, se todas as respostas forem afirmativas ou negativas, então, é legítimo decidir quanto ao vício normativo cogitado. O princípio constitucional da proporcionalidade, como se verá, permite o cumprimento deste mister.

Justifica-se a abordagem do tema na medida em que reconhecer a teoria da

proporcionalidade e os elementos que a compõem como princípio de interpretação constitucional qualifica-o como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte garantindo, assim, maior efetividade e segurança jurídica enriquecendo a força normativa da Constituição.

Por fim, buscou-se no estudo o método hipotético-dedutivo partindo de uma problematização e oferecendo uma solução – uma teoria-tentativa, permitindo assim que o intérprete autêntico – o juiz – possa estabelecer um caminho objetivo a percorrer para que possa exercer a fiscalização constitucional da lei de forma clara e eficaz atribuindo legitimação social na sua decisão.

1 Poder: unidade e indivisibilidade

Existem fatos que decorrem da vida social. Boa parte disso decorre de uma interação num determinado grupo social que, por sua vez, exige certos atos na busca de um interesse em comum. Em outras palavras, a partir do momento em que as pessoas se filiam a determinadas parcelas da coletividade, perseguem os fins estabelecidos por aquela classe social de tal sorte a submeterem a certos esforços custosos; certos sacrifícios em prol da coletividade.

Daí a essência do grupo fixar limites e prescrever as nossas atividades em benefício do interesse geral. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins (SILVA, 2013, P. 109).

O Estado, por esta concepção, revela ser um grupo social, mas, não apenas este na medida em que representa também outros tipos de interesse. Por abarcar uma considerada gama da sociedade, chamada também sociedade civil, compreende não apenas um, mas, vários grupos sociais diferenciados.

Por esta razão, é considerado como grupo social máximo e total de modo a conter um poder peculiar, qual seja, aquele capaz de coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar. Nota-se que o seu poder é extremamente superior em relação aos demais poderes sociais na medida em que rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos em si, de maneira a manter uma mínima ordem estimular o máximo de progresso à vista do bem comum.

Este poder superior e típico do Estado na regência dos seus grupos sociais configura o poder político ou poder estatal que implica supremacia sobre todos os poderes sociais inferiores à mesma sociedade estatal, contemplando a chamada soberania interna (SILVA, 2013).

Disso decorrem duas características fundamentais do poder político: unidade e indivisibilidade.

2 O princípio da Separação de Poderes

Trata-se de um princípio geral do direito constitucional inscrito como princípio fundamental na Constituição ¹ de tal sorte que eleva este princípio à categoria expressa de cláusula intocável pelo Poder Derivado de Reforma Constitucional. ² É, portanto, um princípio insuprimível de nossa Constituição (FERRAZ, 1994).

O Poder exprime as funções legislativa, executiva e o judiciário, além de indicar os respectivos órgãos responsáveis pelo exercício destas funções. Nota-se que estas funções constitucionais representam a manifestação do poder político cuja essência é una. Por isso, é impróprio dizer tripartição ou divisão do poder na medida em que ele não se divide, mas, atribui o seu exercício a órgãos distintos e especializados.

Na verdade, a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes, pois, se assim não fosse, o Estado consagraria o que a doutrina denomina de “concentração de Poderes” (SILVA, 2013).

Cumprе esclarecer que a doutrina do princípio da separação de poderes, vigente no ordenamento jurídico desde o advento da Constituição Republicana, foi concebida por Aristóteles na clássica obra *Política*, John Locke em *Ensaio sobre o governo civil*, além de Rousseau no *Contrato social*.

Esta teoria foi aprimorada por Montesquieu em *O espírito das leis* e tornou-se com a Revolução Francesa um dogma constitucional, pois foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. ³

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo somadas a uma sociedade civil mais complexa impôs uma nova visão da teoria da separação de poderes de modo a estabelecer novas formas de relacionamento entre os órgãos executivo, legislativo e judi-

¹ CF, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

² CF, Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes.

³ Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789:

(...)

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida à **separação dos poderes** não tem Constituição (**grifo nosso**).

ciário. Atualmente, a doutrina busca integrar esta teoria a uma moderna concepção falando em colaboração de poderes. (SILVA, 2013).

2.1 Independência e harmonia entre os poderes

A constituição manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si”, própria da separação de poderes no sistema de governo presidencialista.

A independência e autonomia dos poderes significam que o exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisa os titulares consultar os outros e nem necessitam de sua autorização. Além disso, pressupõe liberdade aos órgãos do poder na organização dos respectivos serviços.

No desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão que favoreçam o exercício harmônico dos poderes. Se não houver limites, um poder se sobrepõe sobre o outro.

Mas, esta independência comporta relativização no Direito Constitucional Contemporâneo e tais exceções ao parâmetro do princípio formalmente consagrado em uma constituição só se justificam se voltadas, sempre, para o fim originalmente visado pelo princípio, de separar para limitar (FERRAZ, 1994).

A flexibilização encontra limites na idéia-fim do princípio, ou seja, somente será admissível a interferência de um poder sobre outro para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja para garantir o exercício das funções próprias.

Soma-se a isso o fato de que “os meios utilizados não de ser sempre razoáveis, conectados com o fim perseguido” (FERRAZ, 1994, p. 14).

A harmonia, inicialmente, verifica-se pelas normas de cortesia no trato recíproco e de respeito às prerrogativas inerentes a cada órgão. De outro lado cabe assinalar que no Estado Contemporâneo a teoria da separação de poderes não comporta traços absolutos já que hoje se fala em colaboração de poderes.

Significa dizer que a relação entre eles revela uma inter-independência na medida em que haverá interferências buscando estabelecer um equilíbrio necessário entre os órgãos, para que não haja usurpação da função que lhe foram constitucionalmente conferidas, evitando assim o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro.

Trata-se do conhecido mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. A harmonia entre os poderes significa nem o domínio de um pelo outro, mas a verificação de que, entre eles, há de haver uma consciente colaboração e controle recíproco. (SILVA, 2013).

3 A simetria entre os Poderes a luz do Supremo Tribunal Federal - STF

A concepção de Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de uma Constituição. É nela que se encontram o conjunto de normas pertinentes à organização, distribuição e exercício do Poder, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana. Enfim, todo conteúdo básico referente à composição e o funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da constituição. (BONAVIDES, 2014).

Trata-se da lei suprema de um País e na medida em que nela se acham as normas fundamentais que estruturam e organizam o Estado, “só nisso, se notará sua superioridade em relação das demais normas jurídicas” (SILVA, 2013, p. 47).

Como consequência disto, emana o princípio da Supremacia da Constituição fazendo com que ela ocupe assento no ponto mais alto do escalão entre as normas jurídicas, afinal, é a “lei suprema do Estado” (SILVA, 2013, P. 47).

É o chamado fenômeno hierárquico incorporado no sistema jurídico que ganha sentido próprio evidenciado pela circunstância de que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião e a fórmula adotada para explicitar os conceitos de ordem geral opera sempre “de cima pra baixo”, garantindo assim segurança em suas definições. (BASTOS, 2014).

Por isso, se extrai a idéia de que todo sistema legislativo deve obediência à Constituição cabendo a ela, portanto, conferir a validade e legitimação do sistema que pressupõe uma convivência harmoniosa tendo em vista a sua relação de ordem e unidade na medida em que a sua quebra deverá deflagrar mecanismos destinados a correção de modo a restabelecer a ordem jurídica.

O mecanismo processual e provavelmente o mais importante responsável por verificar o grau de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a lei fundamental é o controle de constitucionalidade das leis (BARROSO, 2011).

Sob outra ótica, pode-se afirmar que a noção de controlar a constitucionalidade das leis parte da premissa de forma de Estado adotada no país, qual seja o Federalismo. Isto porque o conceito adequado de Estado Federal se verifica pelo somatório de vários fatores indicativos, concorridos em uma Constituição.⁴

⁴ Conforme anotou Michel Temer, “os elementos caracterizadores da forma de Estado Federal se destinam em: **tipificar a federação** e outros destinados a **manter a sua existência** (preservação). Os elementos tipificadores da Federação são: a) A descentralização política; b) A participação da vontade dos Estados (ordens jurídicas parciais) perante a vontade geral (ordem jurídica central); c) Possibilidade de autoconstituição. Já os elementos mantenedores da Federação são: **a) A rigidez constitucional** e **b) A existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis**. Quanto aos elementos que se mostram necessários para a **manutenção** da Federação, Temer destaca sobre a **rigidez constitucional** que somente subsiste Estado Federal onde o processo de modificação da norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária. Se o processo é o mesmo, a Constituição se torna flexível. Em face desta flexibilidade, o legislador ordinário alteraria os

De qualquer maneira, nota-se que o reconhecimento da Supremacia da Constituição e de sua força vinculante estabelece a necessidade desse controle de compatibilidade das leis com a Constituição e que, na verdade, não passa de uma forma de defesa do texto fundamental (MENDES, 2014).

Partindo então do pressuposto que o Brasil, em decorrência da sua forma de Estado, obrigatoriamente faz a verificação do grau de compatibilidade de todo arcabouço jurídico com a Constituição Federal por meio de um Supremo Tribunal, será neste órgão e por razões óbvias que encontraremos os contornos jurisprudenciais, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, que trazem o parâmetro da manutenção do equilíbrio entre os Poderes.

Assim, por exemplo, o STF julgou inconstitucional a criação de um órgão burocrático, no Poder Executivo, com a “função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da justiça”, por ferir o padrão de separação de Poderes. Asseverou a Corte que “os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os freios e contrapesos, (...) só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos da Constituição da República.”⁵

Outra ofensa ao princípio da separação de Poderes identificada pela Suprema Corte diz respeito à adoção de medidas parlamentaristas por Estados-membros, quando no âmbito da União se acolhe o presidencialismo.⁶

A chave mestra para identificar, em linhas gerais, eventual ofensa ao modelo da separação de Poderes reside na questão em concreto de analisar uma subordinação de ações envolvendo um Poder em relação ao outro. Assim, por exemplo, subordinar a eficácia de convênios celebrados por secretários de Estado à aprovação

comandos constitucionais, inclusive os referentes à Federação, para retirar-lhes a eficácia transmutando o Estado para a forma unitária. Além disso, Além disso, **a existência de um órgão incumbido de fazer de fazer o controle de constitucionalidade das leis decorre do princípio da rigidez constitucional.** Este somente se verifica nos sistemas em que há escalonamento na ordem jurídica. Os atos normativos produzidos pelo legislativo submetem-se ao que, anteriormente, a Constituição estabeleceu. Sendo assim, há necessidade de a Constituição criar órgãos capazes de dizer da adequação de normatividade infraconstitucional a ela. Da necessária idéia de compatibilização vertical. Esse órgão tanto poderá residir no poder Legislativo como no Executivo ou no Judiciário. Ou ainda em outro conjunto orgânico, se houver. Contudo, recomenda-se a localização deste órgão na esteira no poder Judiciário, pois, é dele a incumbência de dirimir conflitos e dar solução ao litígio no caso concreto, ou seja, a ele cabe o exercício da jurisdição e, assim, dizer qual direito é aplicável no caso concreto visando solucionar a controvérsia.” (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59 a 67).

⁵ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – **ADI 1.905**, publicação no Diário de Justiça em 05-11-2004 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁶ O parlamentarismo, tipicamente, constitui sistema de governo que se distingue do presidencialismo pelo grau pela forma como nele se atua o Poder Executivo. No parlamentarismo, o Executivo é dual, com um Chefe de Estado e um Chefe de Governo (Primeiro Ministro) que é escolhido pelo parlamento e mantendo-se no cargo enquanto obtiver confiança. Verifica-se, assim, que o grau de colaboração (ou participação) do Executivo com o Legislativo é maior quando comparado com o presidencialismo. Assim o STF julgou inconstitucionais dispositivos de Constituições Estaduais que adotavam preceitos de inequívoca amostra parlamentarista.

da Assembléia Legislativa.⁷

No mesmo sentido, normas constitucionais locais que exigiam autorização legislativa para que o Estado contraísse dívidas.⁸ De novo, julgou inconstitucional a norma de Constituição Estadual que impunha ao prefeito municipal o dever de comparecimento perante a Câmara dos Vereadores.⁹

4 Interpretação Constitucional: o princípio da Proporcionalidade como fator determinante na apuração de equilíbrio entre os Poderes

De início, faz-se mister ponderar a advertência de constitucionalistas de que há princípios mais fácil de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria destes princípios. (BONAVIDES, 2014).

Saliente a doutrina que o princípio da proporcionalidade comporta interpretações em vários aspectos. Sob o ponto de vista amplo (*lato sensu*), este princípio é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com quem são levados a cabo.

Ressalta-se que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência ao princípio da razoabilidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade.¹⁰

Em outra concepção, reforça a doutrina que haverá violação do princípio da proporcionalidade sempre que os meios destinados a realizar um fim não são por

⁷ **ADI 676-2/RJ**, publicação no Diário de Justiça em 29-11-1996, Relator Ministro Carlos Velloso.

⁸ **ADI 177-9/RS**, publicação no Diário de Justiça em 25-10-1996, relator Ministro Carlos Velloso.

⁹ Na decisão, asseverou o Ministro Relator Celso de Melo que “a prescrição normativa além de provocar um estado de submissão institucional do Chefe do Executivo ao Poder Legislativo Municipal (sem qualquer correspondência com o modelo positivado na Constituição da República), transgredindo o postulado da separação de Poderes, também ofende a autonomia municipal. **ADI 687**, publicação no Diário de Justiça em 10-02-2006.

¹⁰ Parte da doutrina costuma fazer uma equiparação entre os princípios da proporcionabilidade e razoabilidade considerando as expressões sinônimas e origem comum, na matemática, dos termos razão (do latim *ratio*) e proporção (do latim – *proportio*). Nesse sentido, BARROSO faz menção à teoria de **Daniel Sarmento**, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 87; **Gustavo Binenbojm**, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, p.181; **Fábio Corrêa Souza de Oliveira**, *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Entretanto, em sentido contrário, ressalta-se a corrente de **Humberto Ávila**, *Teoria dos princípios*, 2006, p. 146, onde o autor identifica conteúdos distintos para as idéias de razoabilidade e proporcionalidade.

si adequados ou se houver manifesta desproporção entre os meios e fins. (BONAVIDES, 2014).

Nesse sentido, verifica-se que as bases do princípio estão contidas na junção “meio e fim” com as percussoras análises e reflexões. Mas, a parcela da doutrina acrescentou um terceiro elemento ante a sua importância, a saber, a “situação de fato” (motivos), para corrigir insuficiências da dualidade antecedente.

Dessa maneira, estabeleceu-se que o princípio da proporcionalidade vem estabelecido numa relação triangular com base nos seguintes elementos: meio, fim e situação. Mas, a questão não pára aí. Além da constatação deste prisma, a doutrina identificou três conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade determinando apurar os seus elementos no caso concreto.

O primeiro subprincípio é a pertinência, aptidão ou adequação – este último conceito é mais comumente referido tanto na doutrina lusitana quanto brasileira. É ele que nos dirá se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. É apta a atingir os objetivos pretendidos. Com o designo de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido. (BONAVIDES, 2014).

O segundo conteúdo parcial da proporcionalidade é a necessidade ou exigibilidade que, por ela, compreende o fato de que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. A medida para ser exigível e alcançar o fim desejado deve ser necessária, “que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados” (BARROSO, 2009, p. 235).

Por esta razão é que surge, na doutrina, a seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. Em outras palavras, de todas as medidas que servem à obtenção de um fim, deve-se eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão. Por isso que o princípio da proporcionalidade é também conhecido como “princípio da escolha do meio mais suave” (BONAVIDES, 2014).

Finalmente, o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses do jogo.

Cuida-se de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. “Trata-se de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins” (CANOTILHO, 1991, p. 387-8).

Logo, por esta ótica pode-se concluir que haverá constitucionalidade, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, quando se verificar três ocorrências no caso concreto, a saber: a) que a medida considera-se apta a alcançar os fins do bem comum; b) é necessária de tal modo a ser o meio a causar o menor impacto possível frente aos interesses do cidadão e, por fim, c) se tornar à medida que maior proporcione os fins a serem alcançados.

Feitas as ponderações, verifica-se que são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias ou situação de fato), os fins e os meios. Assim, por exemplo, a Lei 8.742/93 que institui a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS regulamenta o benefício assistencial de um salário mínimo garantido pela Constituição à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.¹¹

Nos termos do art. 20 §3º dessa lei, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Houve uma discussão relativa a inconstitucionalidade deste dispositivo haja vista que outras pessoas, em condições precárias de sobrevivência, ficariam de fora do benefício, ou seja, o critério legal deveria ser revisto.

Pois bem, considerando a análise do preceito normativo a luz do princípio da proporcionalidade, ora estudado, a constitucionalidade poderá ser aferida com base nos fatores: motivos (circunstâncias de fato), meio e fim.

Dessa maneira, sua análise pautará os seguintes termos: se diante do caso concreto pessoas carentes que se encontram em condição de extrema miserabilidade (motivo) estiverem sendo prejudicadas pelo não recebimento do benefício, o Judiciário reconhece que o critério legal é muito baixo ou está defasado atribuindo nova interpretação da lei e concedendo o benefício assistencial àquelas pessoas (meio) assegurando assim que pessoas também de baixa renda, embora fora dos ditames da lei, tenham acesso ao benefício (fim), há uma relação racional entre os elementos em questão e a decisão, em princípio configura válida.¹²

Para que a norma ou decisão judicial passem no teste da proporcionali-

¹¹ CF, Art. 203 inciso V.

¹² O STF, em decisão recente, julgou inconstitucional o §3º do art. 20 - LOA por entender que o critério previsto na lei em apurar a necessidade do indivíduo receber o benefício assistencial está defasado, por interpretação sistemática com outras leis que estabelecem outros critérios mais amplos para caracterizar a situação de miserabilidade que a constituição buscou tutelar. **RE 567.985**. Rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

dade é preciso verificar a sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Nessa linha, averba a doutrina que “Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins”. (CANOTILHO, 1991).

Em suma, pode-se afirmar que o meio empregado deve ser adequado e esta análise é apurada na medida em que, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado. Além disso, o meio empregado deve ser exigível, pois não haveria outro igualmente eficaz e menos oneroso para o cidadão.

É a chamada proibição do Excesso. Por esta razão, conclui-se que uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se puder constatar a existência de outras medidas menos lesivas (BARROSO, 2009).

4.1 Breves considerações do princípio da Proporcionalidade no direito comparado

A doutrina europeia faz relevantes contornos em relação ao tema. Na Alemanha, com esse princípio se combatem os excessos legislativos que na concretização das reservas da lei interferem sobre esses direitos, tornando inaceitáveis algumas limitações impostas aos mesmos pelo legislador fazendo, assim, o essencial controle judicial de constitucionalidade. (HUBER, 1978).

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

Na França, o princípio tem significativa aplicação na seara administrativa que se limita no controle do “desvio de poder”. (HUBER, 1978). Na jurisdição constitucional seria praticamente desconhecida a sua aplicação. Mas isto não quer dizer que ele não desempenha nenhum papel, pois, o termo “proporção” há sido empregado em reiteradas vezes em decisões do Conselho de Estado e nos comentários da doutrina. Em outras palavras, é reconhecido e aplicado de forma implícita (BONAVIDES, 2014).

Na Itália, foi conhecido durante certo tempo sob outros conceitos afins utilizados para estabelecer a relação entre os meios empregados e os fins desejados, tais como: a proporção; o equilíbrio; a harmonia e a racionalidade, que ofereciam os “critérios para julgar um ato dos poderes públicos” (UBERTAZZI, 1985, p. 81).

Na Espanha, em derradeiro, o princípio ganha maior grau de aplicação, além de pesquisa acadêmica onde parcela da doutrina afirma que o princípio da proporcionalidade pode ser considerado como um dos elementos-chaves na progressiva construção e aprofundamento dos conteúdos jurídicos fundamentais (PENALVA, 1990).

O Tribunal Constitucional da Espanha anulou várias decisões judiciais e administrativas adotando o princípio como fonte integradora do controle de constitucionalidade, atribuindo a ele um caráter de generalidade, ao invés de mera aplicação esporádica.

4.2 Proporcionalidade como instrumento de interpretação constitucional

Em grau constitucional, a aplicação do princípio da proporcionalidade como aparelho limitador para frear a ação Estatal por via legislativa suscita o grave problema que possa estabelecer na medida em que o abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer o equilíbrio entre o judiciário e o legislativo.

Os juízes devem atuar de tal modo a não cercear ou comprimir a ação do poder constitucionalmente legítimo para levar a cabo a tarefa das leis (BONAVIDES, 2014).

Inicialmente, vale dizer que é necessário manter aberta e criativa a liberdade conferida ao legislador pela Constituição para avaliar os fins e os meios, pois estes pressupõem sempre uma decisão política. A substância da criação da lei não pode ser suprimida por obra de um Tribunal, visto que se tal acontecesse estaríamos diante da instauração de um eventual “Estado de juízes”.

Com efeito, a função do legislador não pode ser avocada por um Tribunal quando este examina se o legislador se manteve ou não dentro nos limites que lhe foram traçados pela Constituição.

Entretanto, o princípio da proporcionalidade, sendo de sua natureza um princípio geral seria uma fórmula vazia que consente ao aplicador do direito toda uma latitude de apreciação sem controle, donde a mesma doutrina ressalta uma consequência capital: o princípio torna possível a “justiça do caso concreto”, rompendo assim com a rigidez das regras legislativas abstratas (RESS, 1985).

Ademais, conforme acentua a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, caso *Elfes*, a teoria de Ress avança e reflete na questão sempre tensa e atual dos limites da presença judicial na concretização fática dos conteúdos da norma:

“As leis devem estar bem materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda guardar correspondência com os princípios elementares não escritos na lei maior.”

“(…) A dignidade do homem é o valor mais alto da Constituição. Não pode ser ferido.” (BONAVIDES, 2014, P. 432)

Por este prisma, conclui-se que uma lei que ali interferisse, não poderia fazer parte da ordem constitucional, devendo ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional.

Em suma, alude Bonavides que no atual e vigente Estado de Direito que reconhece a plenitude e a força normativa das normas constitucionais, o princípio da proporcionalidade funciona como instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais, garantindo assim a constitucionalidade das normas contra os possíveis e eventuais arbítrios perpetrados pelo legislador.

Dá se extrai o entendimento que o princípio da proporcionalidade funciona apropriadamente como princípio de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais buscando uma solução conciliatória, servindo de base para estabelecer o processo de busca material da decisão, aplicado à solução de justiça no caso concreto.

Cumpra esclarecer que o princípio busca fortalecer a missão do legislador de tal sorte que possibilita ao juiz apreciar, adotado aquela posição hermenêutica no controle de constitucionalidade, a finalidade da lei em consonância com a intenção volitiva do legislador. O princípio surgiu para manter o equilíbrio constitucional dos poderes.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio visa proteger o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo na defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Embora não exista como norma geral do direito escrito, a doutrina reconhece que o princípio da proporcionalidade encontra-se implicitamente esparsos no Texto da Constituição de 1988 e, portanto, está positivado em no Direito Constitucional Brasileiro sendo um corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, proclamando a força cogente da sua normatividade (BONAVIDES, 2014).

5 Conclusão

Ao longo do tema examinado foram levantadas questões e formuladas proposições que refletem alguns pontos acerca do exercício regular das funções dos órgãos que integram o Poder: Legislativo, Executivo e o Judiciário.

Frente à separação de poderes, inscrita como princípio fundamental e intocável e positivada no sistema presidencialista de governo na Constituição de 1988, a análise conduz à atual concepção deste modelo hoje flexibilizado, e, portanto, admitindo a interferência de um Poder em relação ao outro, justamente para limitar a atuação deste e manter o equilíbrio, vislumbrando assim uma relação de inter-independência entre eles.

Diante do controle tradicional de constitucionalidade – judicial e repressivo, o Supremo Tribunal Federal costuma verificar eventuais usurpações, principalmente entre o Legislativo e o Executivo. Os contornos jurisprudenciais, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, trazem o parâmetro da manutenção do equilíbrio entre os Poderes.

A análise é pautada na constatação de eventual subordinação de ações envolvendo um Poder em relação ao outro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os freios e contrapesos são legitimados na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos da Constituição da República.

Por fim, no domínio do Poder Judiciário verificou-se que a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade servirá como fator determinante para apurar o conflito existente entre os Poderes e qualificar-se-á como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, pois viabiliza a abertura de uma interpretação constitucional possibilitando nortear, de maneira clara e objetiva, o caminho do intérprete autêntico a estabelecer os mecanismos que funcionarão como “freios e contrapesos” limitando o arbítrio entre os órgãos e aplicando adequada e ponderadamente o direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra, Livr. Almedina, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes – o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes – a interpretação, aplicação do direito e os princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madri, 1990

RESS, George (Org.). *Der Grundsatz des Verhältnismassigkeit in Europäischen Rechts-Ordnungen*. Heidelberg, 1985

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.