

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

MAIS DO QUE IDEOLOGIA EM UMA PROSA

Não, não é sonho. Muito menos ilusão: é um princípio de justiça implicitamente previsto em nossa analítica Constituição.

Surgido na Alemanha no séc.XIX, tomou forma e força após a Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade não mais sufocou o seu anseio pelo estabelecimento de um Estado de Direito e pelo respeito às garantias fundamentais insistentemente frustrados pela força estatal.

Enraizado está o princípio na necessidade de impor limites à atuação do Estado. Com o passar do tempo passou a delimitar também os próprios direitos fundamentais dos indivíduos, deixando de ser aplicado estritamente à Administração Pública (Direito Administrativo), para também o ser na esfera particular, através do Direito Constitucional.

Recebeu de doutrinadores diferentes denominações; sendo por muitos chamado de princípio da razoabilidade por influência do Direito Norte-Americano. Sua essência, no entanto, é sempre a mesma: enquanto princípio de interpretação tem o condão de fornecer às normas constitucionais perfeita coesão.

Por ser extremamente analítica, nossa Constituição é um verdadeiro “sistema”, em que os diversos direitos, garantias, princípios e obrigações nela previstos nunca se excluem, mas devem buscar uma harmonia; o que nem sempre é fácil, dado que, ela possui mais de 300 artigos. Para que se busque esta harmonia, é extremamente necessária a interpretação sistemática, de modo que os dispositivos sejam ponderados, pois se forem analisados isoladamente, corre-se o sério risco de se aplicar o Direito, mas não a Justiça.

Assim sendo, diante de um conflito entre eles, necessária se faz uma interpretativa harmonização. Realizada pelo juiz, este, em profunda análise, exercerá o que se denomina “controle judicial de constitucionalidade”, em que ele averigua se o caso concreto está em conformidade com a Constituição Federal, tendo sempre em mente que em um sistema jurídico é preciso que a norma seja analisada sistematicamente, de modo que se aufira em um só artigo da Constituição, todo o seu espírito!

Não pensem que se trata de um princípio sem critérios ou limites. Ao contrário, traz ele em seu bojo subprincípios que o torna fundamento jurídico no mundo do Direito com a conseqüente efetivação da Justiça no mundo dos fatos.

A adequação, conformidade, vedação do arbítrio ou aptidão é um destes subprincípios e tem por fundamento o fato de que o meio utilizado deve ser idôneo a atingir o fim desejado.

Íntima é sua conexão com o outro subprincípio, qual seja: o da necessidade, proporcionalidade propriamente dita ou ainda exigibilidade. Por este subprincípio entende-se que *de todas as medidas que igualmente servem a obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave.*¹

Por fim, é o princípio também composto pelo subprincípio da proibição do excesso, ou seja, não podem ser os meios desproporcionais ao fim que se deseja atingir.

Essa tríplice caracterização é majoritariamente aderida pela doutrina. A nosso ver, entretanto, basta que se diga: “será a aplicação do princípio da proporcionalidade legítima sempre que o meio utilizado for proporcional e única forma de atingir o que se precisa”. Sendo assim, a proibição do excesso é consequência lógica da necessidade e da adequação e não mais um elemento do instituto em questão.

Seguindo esta esteira de raciocínio, passemos ao ponto exemplificativo. Típico caso de aplicação do princípio da proporcionalidade é o que diz respeito à admissão, ou não, de provas ilícitas para servirem de fundamento de decisão judicial.

Ressalte-se aqui o nosso entendimento no sentido de que as provas ilícitas não devem ser amplamente admitidas como (diante de algumas condições) pretende o projeto de lei 4.205/01 em trâmite no Senado Federal. Configuram as mesmas afronta direta aos direitos previstos no artigo 5º da CF/88, direitos estes, revestidos do condão de imutáveis, verdadeiras cláusulas pétreas, nos termos do art.60, §4º da CF/88, não podendo ser afastados nem por emenda à própria Constituição e, por óbvio, intangíveis pelo legislador reformista ou infraconstitucional. Trata-se pois, de direitos essenciais e inegavelmente caracterizadores de um Estado de Direito.

Sendo assim, defendemos que, tendo sempre em mente o princípio da proporcionalidade, deve ser admitida a prova ilícita para condenar o réu em situações extremas e não apenas para favorecê-lo, como ocorre atualmente no Brasil. Cumpre ainda alertar, que defendemos a utilização de tais provas sem prejuízo, entretanto, do processo e condenação de quem quer que as tenha produzido.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.397 *apud* Klaunz/Duerig.

Há quem tema que a aplicação da proporcionalidade seja feita de forma arbitrária pelo operador do Direito e que se estabeleça o Estado–juiz, em que a tríplice separação dos Poderes (ou mais adequadamente falando: a tríplice separação das funções exercidas por um único poder) é posta em risco, visto que o juiz passaria a ter uma ampliação de suas faculdades e poder suficiente não só para julgar, mas como também legislar no caso concreto, quando da interpretação e harmonização das normas.

Perceba, no entanto, que as críticas são dirigidas sempre ao aplicador do Direito e não ao princípio propriamente dito, o que nos leva a concluir que o problema maior não está na norma, mas sim na figura do aplicador desta.

Achar que os juízes irão se aproveitar do princípio para desvirtuar o ordenamento jurídico é uma preocupação relevante, mas é também carregada de um pessimismo legalista. Isto porque, ao aplicar o princípio, eles estarão sujeitos não a um critério abstrato e relativo, mas sim à própria Lei Maior, pois a hermenêutica jurídica exige interpretação conforme a Constituição.

Entendemos, portanto, que o princípio da proporcionalidade afigura-se hoje como importantíssima ferramenta interpretativa, talvez uma das mais ricas de nosso ordenamento jurídico, pois ele é capaz de dar à letra fria da lei a sua essência, qual seja: a Justiça!