



O INCOMPREENDIDO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Thiago Souza Nogueira de Abreu
Flavio Maldonado de Barros
Octavio Campos Fischer
Bruno Meneses Lorenzetto

Resumo

O artigo parte da compreensão do conceito de princípio, diferenciando-o de regra. Essa diferença é analisada a partir dos critérios desenvolvidos por Robert Alexy, com base na estrutura e na forma de aplicação. O princípio, portanto, é estruturado como comando *prima facie*, e a sua aplicação ocorre por meio do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade divide-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, esta última também denominada sopesamento, balanceamento ou ponderação. Destaca-se, ainda, que a ponderação é o meio de aplicar princípios às relações privadas. Rebatem-se, no mesmo passo, as críticas de que o método seria subjetivo e carente de racionalidade, configurando apenas um meio de justificar decisão previamente escolhida. Enfatiza-se que o equívoco está, na realidade, na aplicação incorreta ou, muitas vezes, na não aplicação do procedimento estruturado da proporcionalidade.

Palavras-chave: críticas; ponderação; princípio; proporcionalidade.

Abstract

The article begins with an understanding of the concept of principle, differentiating it from rule. This difference is analyzed based on the criteria developed by Robert Alexy, grounded in structure and form of application. The principle, therefore, is structured as a *prima facie* command, and its application occurs through the principle of proportionality. Proportionality is divided into suitability, necessity, and proportionality in the strict sense, the latter also called weighing, balancing, or balancing of interests. It is further emphasized that balancing is the means of applying principles to private relations. The article simultaneously refutes criticisms that the method would be subjective and lacking rationality, constituting merely a means of justifying a previously chosen decision. It emphasizes that the mistake lies, in reality, in the incorrect application or, often, in the non-application of the structured procedure of proportionality.

Keywords: criticisms; balancing; principle; proportionality.

INTRODUÇÃO

Os princípios, não faz muito tempo, tinham pouco destaque no nosso ordenamento jurídico. Quando muito, serviam como reforço argumentativo.

Prova disso é que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), veiculada pelo Decreto-Lei n. 4.657/1942 e alterada pela Lei n. 12.376/2010, consagra, no seu artigo 4º, que os princípios seriam aplicados em último caso, como fonte formal secundária do direito, após a omissão da lei e o insucesso da aplicação da analogia ou dos costumes, segundo o entendimento clássico e majoritário, a exemplo de doutrinadores como Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz (Tartuce, 2019, p. 63).

Atualmente, diga-se, o cenário saiu da crítica pelo ostracismo para a crítica pelo protagonismo dos princípios no ordenamento jurídico nacional. Daí vem o propósito de desnudar um pouco mais essa espécie de norma que impulsiona decisões de grande impacto e relevo.

Por isso, o primeiro capítulo deste artigo terá o propósito de esclarecer o que se entende por princípio e, por decorrência lógica, diferenciá-lo do que se entende por regra.

O segundo capítulo, por sua vez, terá a preocupação de apresentar o processo racional e estruturado de aplicação do princípio da proporcionalidade, com ênfase na ponderação.

O terceiro e último capítulo será dedicado a demonstrar as críticas à utilização do princípio da proporcionalidade e o equívoco delas, seguindo-se, então, a conclusão.

O desenvolvimento do trabalho ateve-se, sobremaneira, ao conteúdo doutrinário e se valeu do método dedutivo.

A FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO

O tema pressupõe a compreensão do que vem a ser princípio. Não faz muito tempo, o conceito gravitava entre o critério da fundamentalidade (normas mais fundamentais do sistema), o da generalidade (normas mais genéricas) e o da abstração (normas mais abstratas) (Borges, 2010, p. 249-253), que deveras pouco contribuíam para uma verdadeira compreensão e, portanto, identificação em meio às regras. Essa imprecisão, igualmente, levava a uma diminuta aplicação dos princípios.

Ronald Dworkin, em importante contribuição, defendia que, enquanto as regras estariam inseridas em uma dimensão de validade, os princípios não poderiam ser assim definidos, pois estariam na dimensão de peso ou importância (Cardoso, 2016, p. 141).

Robert Alexy, em outra contribuição significativa, repousou a diferença entre regra e princípio na estrutura e na forma de aplicação. Sobre a estrutura, as regras são mandamentos definitivos: são ou não cumpridas, enquanto os princípios são apenas mandamentos de otimização: devem ser cumpridos na maior medida

possível, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto (Cardoso, 2016, p. 142). Sobre a forma de aplicação, a seu turno, as regras são aplicadas por meio da subsunção e os princípios pela ponderação/sopesamento/balanceamento (Cardoso, 2016, p. 144-145).

Os critérios se complementam e se validam. A regra sempre será ou não aplicada (tudo ou nada), uma exclui a outra (válida ou inválida) e o seu conteúdo sempre possui um comando definitivo. O princípio, por sua vez, terá maior ou menor peso conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto (dimensão da importância) e a regra será extraída justamente dessa particularidade, repita-se, do caso concreto, pois o seu comando é *prima facie*. É lógico que há outros critérios de diferenciação, como a avaliação da derrotabilidade ou da cláusula de exceção, passíveis de serem aplicadas às regras, apenas. No entanto, os fatores acima listados são os mais utilizados e servem suficientemente ao objetivo de divisar um do outro.

O desenvolvimento do conceito de princípio, diga-se, não é um fato isolado, mas inserido em um movimento mais amplo iniciado após a segunda guerra mundial. Até aquele momento, não obstante o Estado Social que teve o seu pontapé com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, ainda havia arraigada no direito a ideia positivista, de origem liberal, que limitava a atividade judicante à aplicação da lei, porque a lei expressava o que era justo, apartado de qualquer ligação com o aspecto moral (Berndt; Santin Júnior, 2017, p. 47-49). De tal sorte, o poder estava concentrado inicialmente no Legislativo e, com o Estado Social, iniciou um movimento pendular para o Executivo. Ao Judiciário, como já acenado, restava um papel despidido de protagonismo.

O cenário histórico é retratado na seguinte passagem do artigo escrito por João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Júlio Cesar Matias Lobo e Pedro Rafael Malveira Deocleciano:

A atividade judicial foi realizada com a aplicação da lógica formal ou dedutiva, desenvolvida por meio do silogismo. Aqui, a razão e o abstracionismo legalista foram levados tão a sério, conduzidos '[...] por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu' (FALCÃO, 2010, p. 156). É o 'juiz boca da lei'. Interpretação adequada era, portanto, aquela na qual havia irrestrita subsunção do fato ao texto expresso da lei. A lei não é apenas instrumento de limitação à atuação do soberano. É a

incorporação e a materialização dos anseios populares, é o próprio povo no poder. É a expressão máxima da soberania popular (FERNANDES; BICALHO, 2011). A experiência constitucional desse período revela que a manifestação do Poder Judiciário deve obedecer a parâmetros de justiça previstos na lei criada pelo parlamento, sendo vedado ao julgador se utilizar de parâmetros metajurídicos ou políticos para decidir. O sentido clássico da separação dos poderes determina que a atividade julgadora é regida pelos dogmas da neutralidade e da imparcialidade, sendo vedado ao julgador a criação do direito, visão que passa a ser questionada pelas teorias neoconstitucionalistas desenvolvidas a partir da metade do século XX. [...] Mas havia uma explicação histórica para a limitação da atuação dos juízes: o fato de que muitos juízes haviam sido nomeados pela nobreza e pelo clero, representantes de uma classe que havia sido derrotada pelo povo e pela burguesia. Em razão disso, foram criadas limitações no campo jurídico para que as decisões judiciais espelhassem a soberania popular. Daí a necessidade de se criar um método de interpretação que respeitasse o sistema representativo popular, a democracia popular, a lei e a separação dos poderes. O método escolhido foi o da subsunção, em que a aplicação do Direito se dá mediante processo lógico-dedutivo de subsunção dos fatos à lei, sendo esta a premissa maior, o fato a premissa menor e a sentença o resultado dessa construção lógica. Nessa lógica, a decisão já se encontra contida na premissa maior, ou seja, na lei (MAGALHÃES FILHO, 2011), cabendo ao julgador exercê-la de forma puramente neutra e imparcial (Teixeira; Lobo; Deocleciano, 2022, p. 129-130).

Em resumo, Maria Celina Bodin de Moraes assinala que:

O Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornando-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar na direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana (Moraes, 2010, p. 40).

A compreensão da norma apenas como regra, definitiva e representante única do senso de justiça, foi justamente o que permitiu que atrocidades fossem cometidas sob o manto da legalidade. A lei, originariamente concebida para ser abstrata e genérica, perde essas características, adotando um viés cada vez mais ocasional, a reboque da pluralidade social e da interferência dos vários interesses dos atores sociais no processo legislativo (Zagrebelsky, 1995, capítulo 2).

Inaugura-se, então, a fase do neoconstitucionalismo: ruptura com o positivismo e consagração da força normativa da constituição (Vasconcelos; Conti, 2023, p. 283).

A discussão sobre regra e princípio, em grosso modo, está ligado a modos diversos e, muitas das vezes, antagônicos de entender a própria função do Poder Judiciário (Rodrigues Jr., 2023, p. 285).

A elaboração legislativa é sempre uma decisão política e a aplicação dela é, a priori, uma decisão jurídica. Essa opção política “muito mais do que corresponder aos frutos do constante progresso da ciência jurídica, acumulados durante séculos de História, é resultado de determinadas condições específicas de um tempo e de um lugar” (Staut Jr., 2004, p. 307). A opção política pela definição de uma determinada norma como princípio já demonstra a preocupação em evitar o aludido engessamento.

Dessa constatação resulta outra conclusão: a ausência de sintonia entre a regra e o contexto de sua aplicação. Tal situação ganha relevo quando se trata de direitos fundamentais. Há sempre, pois, uma tensão entre democracia, como o exercício da soberania popular pela maioria, e o constitucionalismo, com a limitação do poder soberano justamente para proteger os direitos fundamentais, no exercício do seu papel contramajoritário.

Os princípios, então, funcionam como instrumentos de integração entre direito e realidade, assegurando que a Constituição mantenha a sua força normativa ao longo do tempo. Por um lado, permitem que o sistema jurídico se adapte às mudanças sociais, políticas e econômicas. Por outro, impõem limites à atuação estatal, protegendo esferas de liberdade individual contra abusos de poder. Como sintetiza Barroso, “a Constituição não é apenas uma moldura para o ordenamento jurídico, mas uma norma dotada de força normativa, que deve ser concretizada em toda sua extensão” (Barroso, 2020, p. 249).

Há uma integração entre a realidade e a norma que envolve direito fundamental (Cardoso, 2016, p. 139). Daí o porquê a indeterminação dos direitos princípios possui o condão de mantê-los atualizados sem a necessidade de reforma do próprio texto constitucional, além de permitir que a sua aplicação seja sempre comedida, como uma espécie de reserva do possível do Estado em relação às suas obrigações com o particular (Cardoso, 2016, p. 142). Não por outra razão, “é certo que a maioria dos direitos fundamentais configuram-se como princípios” (Cardoso, 2016, p. 142).

Em resumo, no fluxo do neoconstitucionalismo, do neoprocessualismo e do pós-positivismo, o princípio deixa o papel secundário do ordenamento jurídico para o de destaque, principalmente pela sua característica de se manter coerente com o contexto político, social e jurídico vivenciados quando da respectiva aplicação.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AO CASO CONCRETO

Até agora se discutiu a definição de princípio e o porquê vem ganhando tanto enfoque. A questão seguinte repousa em delinear como o princípio é aplicado ao caso concreto. A resposta a essa questão emerge da própria natureza da norma-princípio, tanto é que um dos critérios de diferenciação entre regra e princípio repousa justamente na forma como será aplicado ao caso concreto. Se por subsunção, trata-se de regra. Se por ponderação, já se fala em princípio. A própria existência de norma sob a estrutura de princípio, com força normativa, implica, igualmente, na existência do princípio da proporcionalidade, do qual é extraído o assinalado método da ponderação (Silva, 2002, p. 42-43).

Não se desconhece a defesa de que seria fruto do devido processo legal substantivo ou do Estado de Direito (Cardoso, 2016, p. 150), porém, a solução mais lógica é realmente a de que o princípio da proporcionalidade, independentemente de sua previsão ou não no ordenamento jurídico, decorre da própria estruturação dos direitos fundamentais sob a feição de princípios.

Recorre-se a Diego Brito Cardoso para elucidar como é a estrutura do princípio da proporcionalidade:

Assim sendo, importante destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus 3 (três) subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. [...] O subprincípio da adequação consiste em realizar um exame absoluto, ou seja, sem comparações com outras hipóteses, em relação ao meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, ou seja, tal medida só é inadequada se não contribuir em nada para o objetivo alcançado. [...] O subprincípio da necessidade, por sua vez, obriga a realização de um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. A medida adotada deve ser considerada necessária se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo. Em suma, aqui pretende-se aferir se a realização de tal objetivo não pode ser promovido de outra maneira que limite menos o direito fundamental atingido. Assim, o primeiro passo é verificar qual é o direito que está sendo restringido e depois pensar em outras medidas tão eficazes quanto, porém menos gravosas, efetuando-

se a comparação supramencionada. [...] Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação é um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Em outros termos, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar. Nas palavras de Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que 'quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro'. A aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dividida em 3 (três) fases. Primeiro deve ser determinada a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido. Depois deve-se averiguar a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das 2 (duas) fases anteriores, concluindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. Assim sendo, uma medida não passa neste teste se os motivos que fundamentarem a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido (Cardoso, 2016, p. 148-149).

A aplicação dos subprincípios, que deve se dar um após o outro, caso ultrapassada a fase anterior, leva obrigatoriamente o aplicador a se debruçar sobre as circunstâncias fáticas e as circunstâncias jurídicas. Não é possível que a conclusão seja tomada sem uma acurada avaliação delas.

Há que se abrir um parêntese para dizer que essas três fases são aplicadas diante de ato estatal. Na hipótese de conflito entre particulares, fruto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais mais a frente tratada, a análise, não obstante certa divergência, resume-se ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (Franca, 2009, p. 128-133), também denominado de técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação (Moreira, 2013, p. 11220). A ponderação, como critério isolado para a solução de litígios entre particulares, decorre, além do entendimento doutrinário já referenciado, da própria interpretação do artigo 489, § 2º, do CPC, que a elegeu como método de resolução em situações tais, dispensando, assim, a consideração sobre adequação e necessidade, que, de fato, são estruturalmente mais voltadas para a atuação estatal. Haverá um direito prevalente e um direito preterido. Quanto maior for o sacrifício do direito preterido, maior deverá ser a relevância do direito prevalente. Aí reside a Lei do Sopesamento de Alexy (2008, p. 167).

Tal técnica teve origem no conhecido caso Lüth, decidido pela Corte Constitucional Alemã, em 1958. O julgamento foi um marco na consolidação da

eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Erich Lüth conclamou publicamente o boicote a um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta associado ao regime nazista. As empresas distribuidoras processaram Lüth com base no § 826 do BGB (Código Civil Alemão), alegando violação aos bons costumes. Condenado nas instâncias ordinárias, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã, que reformou a decisão ao reconhecer que sua manifestação estava protegida pela liberdade de expressão, direito fundamental consagrado na Lei Fundamental de 1949. O tribunal afirmou que a restrição à liberdade comunicativa só poderia ocorrer mediante limites proporcionais e constitucionalmente justificados, mesmo quando o conflito se dá entre particulares (Rodrigues Jr., 2023, p. 267-273).

Um passo adiante, é preciso dizer, ainda, que a norma-regra e a norma-princípio apresentam importante diferença em relação ao momento em que a norma é extraída. De tudo que fora até agora apresentado resta claro que, quando se trabalha com regra, ela aflora imediatamente da interpretação do dispositivo legal. Porém, se princípio, da interpretação do dispositivo legal emerge, inicialmente, o princípio. A regra, nesse caso, somente será visualizada após a aplicação do método da ponderação (Silva; Ivo; Körner, 2023, p. 80).

No processo de formulação da regra, a partir da definição de qual direito prevalecerá e em que medida prevalecerá, deve-se esmerar para que realmente os fatos sejam devidamente apreciados e as variáveis devidamente sopesadas. Dito de outra forma, não pode ser apenas um meio para se legitimar uma compreensão prévia do assunto. É no desenvolvimento do raciocínio jurídico, ancorado em premissas fáticas e jurídicas, que a ponderação e, por conseguinte, a regra extraída se legitima. Afirmações vagas e despidas de conexão com o caso analisado estão distantes do que apregoa o instituto em voga.

A proporcionalidade não pode ser compreendida como mera cláusula aberta para decisões baseadas em conveniência ou em juízos subjetivos, sob risco de se transformar em instrumento de insegurança jurídica e instabilidade normativa. Pelo contrário, deve ser conduzida de forma estruturada, com critérios objetivos, verificáveis e publicamente justificáveis, de modo que cada escolha do julgador seja transparentemente fundamentada e passível de controle jurisdicional e social.

DAS CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DO MÉTODO DA PONDERAÇÃO (PROPORCIONALIDADE EM SENTIRO ESTRITO)

A primeira e mais acirrada crítica repousa na ideia de que a ponderação apenas seria o meio de legitimar uma posição jurídica anteriormente definida. Expresso de forma distinta, não haveria qualquer racionalidade e objetividade na sua aplicação (Cardoso, 2016, p. 151).

A crítica ao subjetivismo e à ausência de racionalismo não resiste a uma avaliação minimamente coerente de que, mesmo na subsunção, há primeiramente uma interpretação do dispositivo legal e, nesse processo, naturalmente, há espaço para aspectos pessoais que inclinam o intérprete num ou noutro sentido. Por isso se diz que “a objetividade é um ideal inalcançável em qualquer ordenamento jurídico, principalmente em relação a princípios” (Cardoso, 2016, p. 152).

Nem mesmo se pode dizer que o processo de concretização se limita a uma mera interpretação. Bruno Meneses Lorenzetto e Letícia de Pauli Schaitza (2017, p. 285) enfatizam que o processo de criação da norma é um processo de interpretação e reconstrução a partir de elementos textuais e extratextuais. Essa assertiva afasta ainda mais qualquer cobrança exacerbada por racionalidade e objetividade na ponderação, pois sequer é possível na própria subsunção.

A verdade é que as críticas tomam os equívocos e falhas advindas da má aplicação do princípio da proporcionalidade e os transferem para o próprio princípio, como se padecesse desses vícios. Em outros termos, o erro, que seria do aplicador do princípio, passa a ser do próprio princípio (Rodrigues Jr., 2023, p. 283 e 287). Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31) ressalta essa situação ao apontar que o Supremo Tribunal Federal não aplica o princípio da proporcionalidade de forma estruturada e racional.

A técnica da ponderação não deve ser interpretada como um mecanismo arbitrário ou como um espaço de pura discricionariedade judicial, mas como um método destinado a conferir racionalidade prática ao processo decisório, permitindo a compatibilização entre direitos fundamentais em conflito e oferecendo critérios de controle e de justificação das escolhas realizadas pelo julgador.

Já se enveredando por outro ponto crítico na aplicação do princípio da proporcionalidade, o caso L^üth, comentado anteriormente, além da ponderação,

também inseriu no campo jurídico o conceito de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. Tal eficácia indireta não visa suplantar ou superar institutos de direito privado; pelo contrário, o intento é preservá-los. No Brasil, tal ideia não prosperou da mesma forma, pois, a pretexto de aplicar os direitos fundamentais a relações privadas, acabou-se muitas vezes por desfigurar os institutos próprios dessas relações, sem um cuidado de preservar a autonomia privada. Não se está dizendo que esteja equivocado o fato de os direitos fundamentais irradiarem efeitos sobre relações privadas, porém, que, mesmo quando irradiam, deverá ser de forma processualmente justificada e com respeito à autonomia metodológica do direito civil, assim como se deu no caso Lütth (Rodrigues Jr., 2023, p. 267).

Merece destaque que todas as críticas atinentes ao neoconstitucionalismo e ao pós-positivismo acabam sendo transferidas para a própria utilização do princípio da proporcionalidade. A elevação do *status* da norma-princípio e a consequente aplicação por meio da ponderação é fenômeno que está ligado aos aludidos movimentos. E a crítica maior deita raízes profundas na judicialização da política e o consequente papel das cortes constitucionais no cenário político (Teixeira; Lobo; Deocleciano, 2022, p. 142-143).

Não é de hoje que o Poder Judiciário vem assumindo um protagonismo que antes era reservado ao Legislativo e ao Executivo, nos séculos XIX e XX. O século XXI seria a vez do Poder Judiciário (Rêgo, 2018), com uma diluição das barreiras entre os três poderes, de modo que haveria um espaço para, na atividade jurisdicional, buscar a solução a partir da moral e da política, rompendo, pois, com a cultura positivista e com a distância entre política e direito. Essa visão pós-positivista parte da compreensão de que os poderes trabalham de modo cooperativo e que o Poder Judiciário possuiria, sim, uma função, mesmo que considerada atípica, de formular política (Clève; Lorenzetto, 2019, p. 191).

Dito de forma resumida, a discussão sobre a ponderação foi arrastada para um imbróglio mais amplo sem que tal necessariamente devesse ocorrer. Os equívocos sobre a forma de se aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e de se promover a ponderação dos princípios em conflito têm mais a ver com a ausência de esmero e técnica do que propriamente pendência a determinado

movimento. Não é a subsunção ou a ponderação que fará com que a decisão seja mais ou menos ideológica. É preciso retomar o raciocínio desenvolvido por Bruno Meneses Lorenzetto e Letticia de Pauli Schaitza (2017, p. 285), citado em linhas volvidas, para enfatizar que toda interpretação será realizada “a partir de uma inafastável carga ideológica.

O que se cobra é que tanto a aplicação da proporcionalidade ou a crítica a ela se dê sobre o que realmente representa e não sobre os equívocos e desvios impostos por falhas ocasionais. A ideia por trás da sua existência é a de que o conteúdo essencial do direito fundamental e a definição de limites são aferidos a partir de um caso específico e de variáveis também específicas. Essa concepção afasta qualquer graduação apriorística dos princípios e, como já dito, também permite que a regra extraída esteja em sintonia com o contexto político, social e econômico atual, ao largo daquela tensão existente entre democracia e constitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio, como espécie de norma, assume papel de destaque no ordenamento jurídico. Tem papel de maior destaque quando se trata de direitos fundamentais, pois justamente na sua indeterminação é que reside a sua maior virtude de sempre se manter afinado com o contexto econômico, social e político atual. Prescinde, para tanto, de alteração do texto constitucional. De modo diverso, permite o que se denomina de mutação constitucional: alteração do significado sem alteração do texto normativo.

Atualmente, o conceito de princípio que mais ganha força é aquele defendido por Alexy (2008, p. 90), pelo qual seria um mandamento de otimização, ou seja, norma que obriga que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Não há, pois, um comando definitivo, como se vê na regra, mas apenas um comando *prima facie*.

O comando definitivo, ou seja: a regra, somente será extraído a partir de um processo racional e estruturado denominado de princípio da proporcionalidade. Esse processo é subdividido em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito é denominada também de sopesamento, ponderação ou balanceamento. Ressalte-se que, em se tratando de litígio entre particulares, a definição da regra baseia-se exclusivamente nesse subprincípio.

O destaque à norma-princípio e a sua aplicação pela proporcionalidade está incluído em um movimento mais amplo, denominado de neoconstitucionalismo e, por isso, acaba atraindo todas as críticas que são a ele desferidas.

Porém, os equívocos que são imputados à aplicação do princípio da proporcionalidade têm mais a ver com a sua não aplicação, pelo menos como foi concebido para tal. O corrigir de rumos, no tocante a esse cenário, encontra-se, por conseguinte, na compreensão e aplicação correta do instituto e não no seu abandono.

Diante do exposto, conclui-se que o princípio da proporcionalidade, especialmente em seu sentido estrito, não pode ser tratado como mero instrumento de conveniência ou de decisões subjetivas do julgador, sob risco de gerar insegurança jurídica. Ao contrário, sua aplicação exige análise estruturada, pautada em critérios objetivos, verificáveis e transparentes, garantindo que cada decisão seja fruto de um processo racional e publicamente justificável. A ponderação consiste, portanto, em um exercício de racionalidade prática, destinado a harmonizar direitos em conflito, observando a intensidade da limitação imposta e a relevância do direito concorrente, sem sacrificar a essência de qualquer direito fundamental.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BERNDT, Rafael Espíndola; SANTIN JÚNIOR, Walter. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo. **Revista da ESMESC**, v. 24, n. 30, p. 39–59, 2017. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/164>>. Acesso em: 26 set. 2025.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. O conceito de princípio: uma questão de critério. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 7, n. 7, p. 247–269, 2010. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/244>>. Acesso em: 26 set. 2025.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137-153, jul. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327>>. Acesso em: 26 set. 2025.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Cortes constitucionais como atores políticos estratégicos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 116, p. 187-215, nov./dez. 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-constitucional-e-internacional/2019-ano-27-v-116-nov-dez>>. Acesso em: 26 set. 2025.

FRANCA, Vinicius Cardona. **Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas**. 2009. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2009.

LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação interna e legitimação das Cortes Supremas. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 281-306, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/72621>>. Acesso em: 26 set. 2025.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Pedro da Silva. Entre princípios e regras: notas sobre o uso da ponderação como método de inaplicação de regras jurídicas. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Portugal, ano 2, n. 13, p. 11213-11251, 2013. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publication/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-2-2013-n-10/142>>. Acesso em: 26 set. 2025.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder Judiciário: O papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil**. 2018. 264 p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.

SILVA, Beclate Oliveira; et al. A possibilidade da ponderação na colisão de normas: uma análise sistemática sobre a inconstitucionalidade do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC). **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 15, n. 29, p. 66-96, jul./dez. 2023. Disponível em: <<https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/561>>. Acesso em: 26 set. 2025.

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

STAUT JR., Sérgio Said. Algumas precauções metodológicas para o estudo do Direito Civil. **Arte Jurídica**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral – v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. et al. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 3, p. 124–153, set./dez. 2022. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>>. Acesso em: 26 set. 2025.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; CONTI, Ramon Gabriel. A função representativa e a representatividade do/no Supremo Tribunal Federal - jurisdição constitucional, amicus curiae e audiências públicas. **Revista de Processo**, v. 48, n. 341, p. 281-300, jul. 2023. Disponível em: < <https://hdl.handle.net/20.500.12178/229217>>. Acesso em 26 set. 2025.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.