

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Bianca Tortola Rodrigues MATHEUS¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: o princípio da proporcionalidade pode ser desmembrado em duas vertentes, sendo a proibição de excessos e a proibição da proteção deficiente ou insuficiente. Por meio da primeira, o Estado é limitado em seu poder punitivo, já na segunda, o mesmo, ao tornar-se ingerente, se obriga a proteger o indivíduo.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Proibição de Excessos. Proibição da Proteção Deficiente. Poder do Estado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objeto de estudo o Princípio da Proporcionalidade, princípio este, muito utilizado para garantir a boa aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

O método utilizado foi o indutivo, por ser o método mais adequado, uma vez que busca o meio geral como produto final. Foi feita uma análise sobre as verdades que não estavam nas premissas, chegando a conclusões verdadeiras. A metodologia utilizada foi fundada no conhecimento da experiência.

Conforme o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais protegem valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, para se chegar ao Estado Democrático de Direito que hoje se encontram, os direitos passaram por gerações (BOBBIO, 2004).

A primeira geração de direitos teve início com os movimentos do Iluminismo, do Jusnaturalismo, e, com a Revolução Francesa que em 1789 procedeu à criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dando

¹ Discente das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, no curso de Direito, matriculada no 7º termo A.

² Docente das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, especialista pela mesma instituição. Atualmente mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

origem ao Estado Liberal. Fazem parte dessa primeira geração os direitos individuais, marcados pela prestação negativa do Estado (obrigação de não fazer), pela liberdade exercida contra o Estado, e limitação do poder exercido pelo Estado frente ao cidadão. Os direitos individuais são os direitos de liberdade clássicos, sendo eles a liberdade propriamente dita, a propriedade, a vida e a segurança.

A segunda geração, por sua vez, é caracterizada pelos direitos sociais, determinados pelas ações motivadas a atender os ideais de Justiça. O Estado se obriga a uma prestação positiva em relação ao cidadão, é forçado a agir a fim de conceder tutela. Os direitos sociais surgiram da criação do Estado Social, em meados do século XX, presente nas Constituições Marxistas e na Constituição de Weimar.

Os direitos de terceira geração estão voltados para os direitos coletivos, econômicos, sociais e culturais, onde não mais se pretende a proteção individual, mas sim uma proteção dos grupos de indivíduos, pretende a proteção da sociedade como um todo, como nação.

Há discussões doutrinárias apontando a quarta geração de direitos, que são decorrentes da evolução da sociedade e da globalização. Segundo o professor Paulo Bonavides, são direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Em relação à terminologia geração, Bonavides explica que não há caducidade entre os direitos, eles não se superam, as gerações apenas definem uma ordem cronológica, onde os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração formam uma pirâmide, cujo ápice é a democracia (2008, p. 525).

1 OS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, sendo que os limites a esses direitos decorrem da própria sociabilidade humana (STEINMETZ, 2001, p. 17).

Em razão da variabilidade dos direitos, das mudanças nas condições históricas, do ponto de vista dogmático-constitucional, há modificação no panorama jurídico.

De início, os limites existem em virtude da positividade dos direitos fundamentais, uma vez que são direitos positivos constitucionais. Em um segundo plano, Steinmetz, citando Friederich Müller, leciona que as liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas, sendo assim são sempre limitadas, são sempre determinadas materialmente, “a limitação desses direitos fundamentais é determinação desses limites; ela determina o alcance material do direito de liberdade respectivo [...] cada direito fundamental encontra seu limite lá onde termina o seu alcance material” (2001, p. 19). E em terceiro lugar, possuem dupla dimensão, sendo uma subjetiva e a outra objetiva.

Assim, no campo da dogmática dos direitos fundamentais, encontram-se restrições ou limitações legislativas, limites imanentes, concorrência acumulativa e a colisão dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe um extenso rol de direitos fundamentais. Tais direitos não possuem hierarquias entre si, sendo protegidos de forma harmônica com os demais valores também protegidos pela Carta Magna.

O fato de não possuírem hierarquia entre si, faz com que frequentemente ocorra a colisão entre os direitos fundamentais, de modo que, estabeleceu-se, três propostas metodológicas para a solução da colisão de forma racional e intersubjetiva controlável: 1) Steinmetz cita a primeira como a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas; 2) posteriormente como a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional de Müller; e 3) por fim, o método da ponderação de bens, que se põe em prática a partir do princípio da proporcionalidade (2001, p. 21).

A subsunção lógica consiste em “um procedimento metódico insuficiente e inadequado” (STEINMETZ, 2001, p. 212). A teoria estrutural de Müller prega que os “verdadeiros limites de direitos fundamentais são apenas aqueles instituídos mediante reserva da lei” de forma que “na colisão, o que há é uma sobreposição de âmbitos de vigência, a ser solucionada por uma norma de decisão,

resultante da soma e síntese do programa normativo e do âmbito normativo” (STEINMETZ, 2001, p. 212). A terceira hipótese, que trata da estrutura formal do princípio da proporcionalidade, levando-se em conta principalmente a ponderação de bens, ao ser analisado por Alexy, este afirma que não trata de apenas um resultado possível e correto, uma vez que é um procedimento aberto, contudo, segundo Steinmetz, “seu resultado pode ser racionalmente fundamentado” (2001, p. 215). Nesse passo, conclui Steinmetz que “a colisão de direitos fundamentais, in concreto, tem que ser solucionada com interpretação constitucional, princípio da proporcionalidade e fundamentação mediante argumentação jusfundamental” (2001, p. 216).

Canotilho ensina que as normas que consagram os direitos fundamentais protegem determinados bens ou domínios existenciais, e esses domínios são apontados de várias formas, sendo algumas delas: o âmbito de proteção, o domínio normativo, o pressuposto de fato dos direitos fundamentais. Diz ainda, que essas normas consagradoras garantem ou protegem os direitos fundamentais como dados reais, que configuram direitos subjetivos, de prestação, processuais e procedimentais, de instituto e garantias institucionais. Para que se tenha funcionalidade à proteção, criam-se liberdades, prestações, instituições e procedimentos (1997, p. 1222-1223).

O desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais, no plano legislativo infraconstitucional se materializa de duas formas, segundo Steinmetz, como restrição e configuração. As duas se apresentam na forma da lei, de modo que o legislador atua mediante normas legais restritivas e conformadoras (2001, p. 27).

Como restrição, na obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição, J.J. Canotilho anota que:

Entende-se por **normas legais restritivas** aquelas que limitam ou restringem proteções que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais. As **normas legais conformadoras** completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental (1997, p. 1223).

Ensina ainda, que há uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito com fundamento em uma norma fundamental é de forma direta ou indireta limitada a partir da lei. Tais leis diminuem ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito da proteção da norma que consagra esses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.

Segundo o supracitado autor, a compreensão da problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias fundamentais exige uma sistemática de limites, e pressupõe três formas de restrições.

Em um primeiro plano, analisa as restrições diretas ou imediatas de origem constitucional, como sendo aquelas que estão diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais, são positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos. Em segundo, analisa as restrições estabelecidas por lei, a partir de autorização expressa da Constituição, de modo que os preceitos que garantem os direitos, garantias e liberdades, expressamente, permitem a restrição. E em terceiro, trata dos limites imanentes ou implícitos, ou limites constitucionais não escritos, onde a necessidade de sua existência se postula indispensável à resolução do conflito estabelecido entre os direitos (CANOTILHO, 1997, p. 1234-1235).

No que concerne às normas conformadoras, J.J. Canotilho leciona que elas destinam-se a regulação legislativa, a abrir possibilidades de comportamento através dos quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais, de forma que essa conformação se impõe quando os direitos carecem para seu exercício da “*interpositiolegislatoris*”. O legislador não pode dispor dos direitos fundamentais por meio da conformação, a partir dela, significa apenas a necessidade da lei em garantir o exercício de direitos fundamentais, assim, a conformação dos direitos se impõe como “*tarafa da legislação*” (1997, p. 1224).

2 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concorrência de direitos ocorre todas as vezes que um comportamento do mesmo titular preenche aos pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, que pode ser resultante do “*cruzamento de direitos fundamentais*” ou “*acumulação de direitos*” (CANOTILHO, 1997, p. 1227).

A forma de colisão por “*cruzamento*” é aquela em que a conduta do indivíduo está incluída no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. E a partir da “*acumulação*”, determinado bem jurídico determina o acúmulo de vários direitos fundamentais pelo mesmo indivíduo (1997, p. 1227-1228).

Considera-se colisão autêntica de direitos fundamentais, “quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (CANOTILHO, 1997, p.1229). Não é o caso nem de “*cruzamento*” e nem “*acumulação*”, mas tem-se aqui, um choque, um conflito entre direitos.

Em sentido impróprio a colisão de direitos ocorre “quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos” (CANOTILHO, 1997, p. 1229).

Steinmetz, explica que os direitos colidem porque “não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou caracterização na vida social. Daí a ocorrência de colisões” (2001, p. 63).

A colisão entre direitos pode ser resolvida por meio da aplicação de princípios ou normas no caso em concreto, o problema encontra-se quando no caso em concreto há colisões entre princípios.

A colisão entre princípios resolve-se pelo sopesamento de ambos os princípios envolvidos, prevalecendo, assim, um sobre o outro, a partir do caráter de ponderação para a decisão.

Nesse sentido, Humberto Ávila ensina que:

[...] não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores diante do caso concreto [...] Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso (2004, p. 53).

Nesse contexto, tem-se que cumpre ao aplicador o direito, interpretar e melhor aplicar a norma-princípio.

3 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NORMATIVOS

Cumpra estabelecer uma diferença entre princípios e regras, para a realização de uma análise mais profunda a respeito do assunto debatido.

A distinção entre princípios e regras não é uma coisa nova, ambos são normas, dizem o que deve ser. Os princípios são tanto quanto as regras, apenas são de espécies diferentes, podem surgir de “expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição” (ALEXY, 2008, p. 87). Alexy define princípios como:

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que na medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2008, p. 90).

Em contrapartida, define regras:

[...] regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (2008, p. 91).

Assim, Alexy diz que o âmbito jurídico das possibilidades é determinado pelos princípios e regras que colidem, sendo a distinção entre um e

outro uma “distinção qualitativa”, e não em graus, de modo que toda norma é ou um princípio ou uma regra (2008, p. 90-91).

O referido autor, então, diferencia regras e princípios a partir do âmbito da colisão. Para ele, se há conflito de regras uma delas deve ser declarada inválida ou deve-se existir uma cláusula de exceção que impeça a colisão, sendo também possível uma escolha entre ambas, com base na importância de cada uma das regras que está em conflito. De outra banda, a solução para a colisão entre princípios é solucionada de forma diversa, de forma que um dos princípios terá que ceder, no entanto, não significa que o princípio que cedeu será declarado inválido ou deverá ser inserido a ele uma cláusula de exceção. Na colisão entre princípios, um princípio prevalece sobre o outro de acordo com a situação, de modo que é a condição, é o caso que determina a aplicação do princípio. Assim, princípios têm pesos diferentes dependendo do caso.

Nas palavras do autor, “o conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (2008, p. 93-94).

Humberto Ávila, por sua vez, também define princípios como “*deveres de otimização*” que são aplicáveis em vários graus de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. E regras como normas que podem ou não ser realizadas, quando uma regra vale, é determinado se fazer exatamente o que ela exige (2004, p. 30). Apresenta alguns critérios para a distinção entre princípios e regras:

Critério hipotético-condicional, por esse critério as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão. E os princípios apenas indicam o fundamento a ser aplicado, para que futuramente, se encontre uma regra aplicável ao caso concreto. As normas apresentam um elemento frontalmente descritivo, enquanto os princípios apenas estabelecem as diretrizes (ÁVILA, 2004, p. 31-32).

Critério do modo final da aplicação, por meio dessa classificação as regras são aplicadas levando-se por base o critério do tudo ou nada, e os princípios são aplicados de forma gradual, mais ou menos. Essa classificação somente se

justifica se as questões relacionadas a validade, sentido e subsunção final dos fatos estiverem superadas, uma vez que as características específicas das regras surgem apenas quando são interpretadas (ÁVILA, 2004, p. 39).

O critério do conflito normativo, em relação às regras apresenta solução apenas com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, enquanto o conflito entre princípios se soluciona a partir de uma ponderação estabelecida a cada princípio, é atribuído um peso e uma dimensão a cada um deles (ÁVILA, 2004, p. 42-43).

Assim, após essas considerações, é possível concluir que os princípios não determinam a conduta a ser seguida, não estabelece uma ação positiva, estabelecem fins normativos, sendo, portanto, normas finalísticas que apontam para um Estado Ideal a ser perseguido. Quanto às regras, o comportamento a ser seguido é expressamente previsto. A regra possui “*eficácia de trincheira*”, se existem devem ser obedecidas; são normas duras, rígidas (ÁVILA, 2004).

Esclarecida a diferença entre princípios e regras, cumpre analisar o que são os postulados normativos.

Postulados são normas metódicas, que tem por finalidade estruturar, organizar e viabilizar a aplicação dos princípios e regras. Estruturam a aplicação dos princípios e regras por meio da exigência de relações entre os elementos com base nos critérios estabelecidos pelos próprios postulados (ÁVILA, 2004, p. 139). Alguns postulados podem ser aplicados sem que haja critérios ou elementos existentes:

Alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos: a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; a concordância prática exige a realização máxima de valores que se imbricam; a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia (ÁVILA, 139-140).

Como citado acima, o postulado mais comumente invocado para viabilizar a aplicação de regras e princípios é o postulado da proporcionalidade, também chamado de princípio da proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (ÁVILA, 2004, p. 140).

Segundo Ávila, “um meio é adequado quando promove minimamente o fim” (2004, p. 140), é necessário “quando não houver mais meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados” (2004, p. 141), e “será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais” (2004, p. 141).

O postulado ou princípio da proporcionalidade passou a ser figura de retórica e passou a ser invocado, todas às vezes, em que há restrição a liberdade individual imposta pelo Estado, primeiramente aplicado somente no Direito Administrativo, ganhou força normativa, passou a ser invocado também pelo Estado-Juiz, Estado-Legislator.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade surgiu a partir das ideias de razoabilidade que a doutrina americana pregava, ideias essas, derivadas do princípio do devido processo legal e do próprio princípio da proporcionalidade advindo do direito alemão (BARROSO, 2009, p. 255).

Segundo Steinmetz, é um princípio construído de conteúdo determinado, expressamente valorativo, o explica de acordo com o entendimento de Karl Larenz, como sendo um “princípio jurídico-material”, que segundo o mesmo “decorre diretamente da noção de justiça, da ‘justa medida’, da ‘moderação’, e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade” (2001, p. 156).

Explica ainda, que à primeira análise, o princípio da proporcionalidade, “parece ser meramente formal, no sentido de que apenas obriga a ponderar, sem

indicar critérios materiais para a solução dos conflitos”, no entanto, em decorrência do desenvolvimento histórico, o princípio passou a ter “dupla dimensão”, ou seja, no entendimento do supracitado autor “ao mesmo tempo que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados” (2001, p. 156).

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a doutrina e jurisprudência constitucional, em especial a alemã, conferiram-lhe hierarquia constitucional.

Paulo Bonavides afirma que foi a partir dos direitos fundamentais que ocorreu a vinculação do princípio da proporcionalidade e o direito constitucional, motivo pelo qual ganhou extrema importância, auferindo prestígio e larga difusão. E Canotilho leciona que o princípio de proibição de excessos (*Übermassverbot*) foi erguido a princípio constitucional, e foi a partir daí que começou a haver o controle dos atos do poder público sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade (1997, p. 267). Assim, foi a partir desses ideais que o princípio da proporcionalidade começou a ter força normativa e passou a organizar os direitos sociais.

Canotilho instituiu o princípio da proporcionalidade como “subprincípio concretizador ou densificador do princípio do Estado de Direito” (1997, p. 160).

O princípio da proporcionalidade é amplamente invocado para dar sustentação a argumentação, de modo que, alguns autores definem que o princípio da proporcionalidade também pode ser chamado de princípio da razoabilidade.

Mendes e Barroso consideram que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade são idênticos, fungíveis ou intercambiáveis. Da mesma maneira, Bandeira de Melo, embora, os definam de forma separada, alega que o princípio da proporcionalidade trata-se de uma faceta, um aspecto específico do princípio da razoabilidade (STEIMETZ, 2001, p. 185).

Humberto Ávila, afirma que há uma diferença de método na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, “enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida” (2004, p. 174-175). Explica Steinmetz, que:

[...] no âmbito do direito, dizer que uma decisão é razoável, significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável, mais precisamente, que ela é substantiva ou materialmente aceitável. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo, e não à forma (2001, p. 191).

Diz ainda que, considerando os argumentos de Ávila, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não se confundem, bem como afirma que o princípio da proporcionalidade é o adequado para a solução da colisão entre os direitos fundamentais (STEINMETZ, 2001, p. 192).

No mais, o princípio da proporcionalidade contribui para a conciliação do direito formal com o material, sendo que a doutrina busca consolidar tal princípio como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos e garantias fundamentais, por tratar-se de uma garantia fundamental e um princípio geral de direito.

Bonavides constatou a existência de três elementos que governam a composição de tal princípio, sendo eles: a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro elemento examina a adequação, a conformidade ou a validade do fim, com a finalidade de adequar o meio ao fim, prescreve a necessidade de uma medida adequada para atingir o fim escolhido. Já o segundo, analisa que a medida não pode exceder os limites, de forma a ser a medida necessária para a concretização do fim. O terceiro, por sua vez, trata da proporcionalidade propriamente dita, que recai sobre o meio utilizado no caso específico, onde se leva em conta o conjunto dos elementos que estão presentes na situação (2008, p. 396 a 398). Nesse sentido, explica Canotilho:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à <<carga coactiva>> da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em questão mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <<medida>> ou <<desmedida>> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (1997, p. 269).

Como dito acima, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita, além de possuir uma “dupla face”, segundo Ingo Sarlet:

[...] o princípio da proporcionalidade possui como que uma dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção (2009, p. 397).

Assim, o princípio da proporcionalidade atua de forma direta e legítima em face do indivíduo, por meio da proibição de excessos, e em prol ao Estado, a partir da proibição da proteção deficiente.

Após as considerações gerais, cumpre analisar o princípio da proporcionalidade em face de cada vertente.

4.1 O Princípio da Proporcionalidade Pró-Indivíduo

O princípio da proporcionalidade visto pelo âmbito do indivíduo é um princípio normativo implícito, que busca uma relação entre o meio e o fim, colocando-os em confronto, visando proibir os excessos estatais, limitando o poder do Estado, de modo que, o Estado se autolimita na aplicação de seu poder punitivo.

A Constituição Federal traz um exemplo clássico de limitação estatal, estampada no artigo 5º, inciso LIV, que dispõe que ninguém será processado e julgado sem o devido processo legal.

A atuação positiva do Estado nos deveres de proteção e concessão de tutelas, se obriga a intervir, de forma preventiva ou repressiva, para a efetivação de seus deveres, o Estado, por meio de seus órgãos e agentes, corre o risco de cometer excessos, ou seja, de modo desproporcional pode afetar e violar direitos

fundamentais, é nesse âmbito que está presente a vertente do princípio da proporcionalidade pró-indivíduo.

Nessa vertente, os meios que buscam o fim devem ser adequados à proteção do indivíduo em relação aos abusos do Estado. As intervenções estatais devem ser moderadas, no sentido de não provocarem excessos de *jus puniendi*. Nesse sentido, J.J. Canotilho:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo consolidado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. art. 272.º/1). Posteriormente, o **princípio da proporcionalidade em sentido amplo**, também conhecido por **princípio da proibição de excessos** (1997, p. 265).

A vertente pró-indivíduo, também chamada de princípio da proibição de excessos, tem como fundamento base, coibir o Estado, garantindo liberdades individuais aos cidadãos, evitando que aquele cometa excessos em função deste, seja preventivamente, seja repressivamente. Busca assegurar as liberdades clássicas dos indivíduos, uma vez que o Estado é mais forte, mais poderoso em relação ao cidadão.

Sua aplicação, leva em conta os subcritérios da adequação, como controle de viabilidade da aplicação do meio; da necessidade, como opção de meio restritivo menos gravoso; e da proporcionalidade em sentido estrito, manutenção de um equilíbrio, proporção de uma análise comparativa (SARLET, 2009, p. 398). Segundo Ingo Sarlet:

[...] a aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compressão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante [...] a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima (2009, p. 398).

No entanto, o que busca maior ênfase no presente trabalho é o princípio da proporcionalidade na vertente pró-Estado.

4.2 O Princípio da Proporcionalidade Pró-Estado

O princípio da proporcionalidade na vertente pró-Estado, também chamado de proibição da proteção deficiente ou insuficiente é um contraponto à proibição de excessos.

A proibição à proteção insuficiente é uma espécie de garantismo positivo, consubstanciado nas ações estatais, levando em consideração que este não pode deixar de proteger, de cumprir com seu dever. Tem como finalidade a proteção frente às omissões do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais.

A violação à proibição da proteção deficiente ocorre quando há total ou parcial omissão do Estado, quando este deixa de conceder tutelas.

A aplicação do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição da proteção deficiente também ocorre a partir da análise tripartida, que primeiramente analisa-se se a medida adota é adequada a satisfazer a proteção de modo eficaz, se positiva a primeira análise, em segundo, averigua se existe uma forma de proteção mais eficiente e menor interventiva nos bens de terceiros, e por fim, verifica-se se o impacto das ameaças e riscos após a efetivação da medida pode ser tolerada em face da ponderação entre a necessidade de preservar outros direitos e outros bens (SARLET, 2009, p. 399-400).

No caput do artigo 5º da Constituição Federal, o Estado ingerente se obriga a garantir a todos a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ainda institui um capítulo para tratar somente da segurança pública, o artigo 144 que abre o capítulo dispõe, expressamente, que dever do Estado garantir a segurança pública, repetindo o caput do artigo 5º, em decorrência de tamanha importância em relação ao tema.

O artigo 144 institui uma série de polícias para garantir a segurança do corpo social. Ainda, o artigo 129, trata das funções do Ministério Público, sendo uma delas zelar pelos direitos assegurados constitucionalmente e promover medidas necessárias para a garantia.

Fazendo uma análise mais profunda nos dispositivos constitucionais, encontrar-se-á, inúmeros artigos tratando das funções de segurança e proteção do Estado.

No mais, a ação estatal não pode deixar de acontecer visando o não cometimento de excessos, violação de direitos, uma vez que, não age em desacordo com os preceitos constitucionais somente ao cometer excessos, ou agir de forma desproporcional, mas também há violação aos preceitos constitucionais, quando o Estado deixa de cumprir com sua função de punir, reprimir, para proteger determinados bens jurídicos.

CONCLUSÃO

De fato, a ação estatal deve ser limitada, de forma que proteja e preserve os direitos individuais que possam ser atingidos, no entanto, a ação deve ser limitada de acordo com o dever de proteção dos direitos da coletividade, a fim de que o Estado não se omita e exerça sua prestação positiva.

A proibição de excessos pregada pela vertente pró-indivíduo, não pode vir a anular o *jus puniendi* estatal, é certo que o Estado não vem cumprindo satisfatoriamente suas funções, a mais evidente e a que de forma mais direta afeta a sociedade é a prestação de segurança.

Há um direito de defesa de exigir do Estado que não cometa arbitrariedades, abusos, não viole direitos fundamentais, porém, não é possível a total exclusão do poder punitivo e repressivo estatal.

Apesar de classicamente ser defendido com base na proteção dos indivíduos contra as ingerências estatais, o princípio da proporcionalidade, hoje

também é bastante debatido pela proibição da proteção insuficiente ou deficiente, de modo que o Estado é quem tem o dever de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente garantidos.

Cada vez mais, os aplicadores do direito estão invocando essa nova vertente, que vem ganhando dimensão expressiva, uma vez que, evidente, que não é suficiente apenas proibir o Estado de violar direitos, este tem como função-dever principal, protegê-los.

No mais, se o Estado age de acordo com os preceitos estampados na Constituição, não há excessos. O Estado Democrático de Direitos exige não só a garantia dos direitos fundamentais individuais, mas também, que o Estado cumpra com o seu papel de protetor.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª tiragem; Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1ª edição; Coimbra: RT, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição; Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 1ª edição; Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição; Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição; Malheiros Editores, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Livraria do Advogado, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição; Coimbra: Almedina, 1997.