

Proporcionalidade em Ação nos Tribunais: o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Proportionality in Action in the Courts: the German Federal Constitutional Court and the Brazilian Supreme Federal Court

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO¹

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre (RS).
Brasil.

ANA ADELAIDE BRASIL SÁ CAYE²

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre (RS).
Brasil.

RESUMO: O teste da proporcionalidade tem sido amplamente adotado no contexto do constitucionalismo contemporâneo como critério metodológico para verificar a justificação de medidas estatais que afetam o escopo de proteção de direitos fundamentais. Análise de algumas decisões permite comprovar que Supremo Tribunal Federal ainda está longe de aplicar o teste da proporcionalidade conforme sua estrutura *standard* amplamente aceita. Isso tem autorizado críticas à correção da justificação das decisões, notadamente dirigidas à subjetividade e arbitrariedade. A discussão proposta tem o objetivo de mostrar que o teste da proporcionalidade leva antes à objetividade e ao controle racional das decisões judiciais do que à subjetividade e irracionalidade. A união entre proporcionalidade e argumentação racional implica, necessariamente, correção e segurança jurídica. O método de abordagem é o analítico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Teste da proporcionalidade; direitos fundamentais; objetividade e justificação argumentativa racional; segurança jurídica.

ABSTRACT: The proportionality test has been widely adopted in the context of contemporary constitutionalism as a methodological criterion to verify the justification of state measures that affect the scope of protection of fundamental rights. An analysis of some decisions proves that the Supreme Federal Court is still far from applying the proportionality test according to its widely accepted standard structure. This has authorized criticism of the correctness of the justification of the decisions, notably directed at subjectivity and arbitrariness. The proposed discussion aims to show that the proportionality test leads rather to objectivity and rational control of judicial decisions than subjectivity and irrationality. The union between proportionality and rational argumentation

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8152-1005>.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5160-1891>.

necessarily implies correctness and legal security. The approach method is analytical and the technique of bibliographical research.

KEYWORDS: Proportionality test; fundamental rights; objectivity and rational argumentative justification; legal certainty.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A expansão global do teste da proporcionalidade; 2 O teste da proporcionalidade nos livros e em ação (*proportionality in action*) nas decisões dos tribunais: o exemplo do Tribunal Constitucional alemão; 3 O teste da proporcionalidade em ação no Supremo Tribunal Federal; 4 Tribunais, ponderação e segurança jurídica; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O teste da proporcionalidade constitui-se na ferramenta metodológica que tem sido empregada para verificar se restrições ao escopo de proteção dos direitos fundamentais encontram justificção racional. Esta investigação tem por objeto examinar se a aplicação do teste da proporcionalidade pelos Tribunais Constitucionais, no controle das medidas estatais estabelecidas pela administração e pelo legislador, pode ser compatibilizada com os princípios da democracia e da segurança jurídica.

O objetivo do presente estudo é verificar se o teste da proporcionalidade permite o equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a margem discricionária de competência da administração e da legislação para a concretização do fixado na Constituição. O que se pretende responder é se a metodologia do teste da proporcionalidade não se identifica como um lugar para a autonomia judicial substituir-se no papel de conformação das normas de direitos fundamentais.

De modo a responder a essa reflexão, a investigação tem o seu ponto inicial a partir da evolução experimentada pela metodologia do teste da proporcionalidade desde sua origem no direito administrativo alemão e depois no direito constitucional alemão, notadamente a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nessa perspectiva, o próximo passo é dado com alguns traços descritivos da recepção do teste da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal. Com o fito de identificar objetivamente o tema, a investigação desenvolve-se com a apresentação da estrutura *standard* do teste da proporcionalidade, quando são apresentados e descritos os subtestes que configuram a integralidade da metodologia. O ponto seguinte estará dedicado a analisar o uso do teste da proporcionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal. O objetivo será examinar como o Supremo

Tribunal Federal usa a ferramenta metodológica da proporcionalidade na análise das medidas que violam o escopo de proteção de um direito fundamental. Por fim, a investigação cuidará da relação entre o emprego do teste da proporcionalidade e a segurança jurídica, notadamente a partir do papel que a estrutura argumentativa da ferramenta metodológica desempenha em favor da previsibilidade e segurança jurídica.

Com isso, a investigação pretende alcançar a devida compreensão do teste da proporcionalidade e sua aplicação com ferramenta metodológica para o controle das medidas da administração e da legislação que afetam o escopo de proteção dos direitos fundamentais. Cuida-se de estudo desenvolvido com base no método de pesquisa bibliográfica comparada, bem como na análise de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal. Inicia-se a discussão com a descrição da expansão da aplicação do teste da proporcionalidade no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

1 A EXPANSÃO GLOBAL DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

O teste da proporcionalidade mereceu ampla e expansiva acolhida como ferramenta metodológica do constitucionalismo contemporâneo (MÖLLER, 2012; Swett; MatheWs, 2008), a partir da segunda metade do século passado, notadamente por sua aplicação pelos Tribunais Constitucionais de Estados de Direito Constitucionais Democráticos para controlar medidas estatais que intervêm no escopo de proteção dos direitos fundamentais.

No final do século XVIII, diante das perspectivas de conflitos entre fins públicos e liberdades individuais, verificou-se no direito administrativo germânico os primórdios de uma concepção de fixação de limites à autoridade estatal, objetivando-se fundamentar a legitimidade de intervenções policiais quando da mediação de conflito entre a autonomia privada e o bem público por meio do *Polizeirecht* (direito de polícia). Nessa perspectiva de instituição de limites à autoridade estatal, a proporcionalidade teve o seu ingresso nas primeiras teorias sobre o poder policial (Swett; MatheWs, 2008), e se desenvolveu, no Direito germânico, a partir das formulações da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) e da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), em decorrência da necessidade e da vontade de proteção das liberdades em relação aos poderes do Estado. Sobre isso, destaca-se a especial relevância da contribuição de Carl Gottlieb

Svarez, quando traçou as linhas do Código Civil da Prússia, observando, à luz dos princípios do Iluminismo, que o Estado só pode limitar a liberdade de uma parte para garantia da liberdade e da segurança de outra (BARAK, 2012).

Grimm (2007) destaca que o ponto de partida embrionário do teste da proporcionalidade está nas decisões do Superior Tribunal Administrativo, que, ao final do século XIX, na tarefa de controlar as medidas policiais relativas à privação de liberdade ou à propriedade, analisava se os meios empregados pela autoridade policial eram adequados ao objetivo da lei. Em alguns casos, o Tribunal avançava na verificação de adequada ponderação entre a ingerência dos meios e a importância do fim. O resultado de eventual não cumprimento desses requisitos implicava reconhecimento da ilegalidade da medida de polícia.

A partir da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a empregar o teste da proporcionalidade, destacando-se as decisões *Elfes-Urteil* (ALEMANHA, 1957), *Lüth-Urteil* (ALEMANHA, 1958a) e *Apotheken-Urteil* (ALEMANHA, 1958b). A importância da primeira decisão está em mostrar o amplo escopo de proteção dos direitos fundamentais que, por isso mesmo, acha-se passível de restrições ou limites, cujo grau conduz à necessidade do teste da proporcionalidade. O relevo da decisão no Caso Lüth está no reconhecimento de que os direitos fundamentais configuram valores objetivos da ordem estatal que necessitam de harmonização ou concordância recíproca, o que conduz ao teste da proporcionalidade. Por fim, a decisão no caso da farmácia mereceu o destaque porque nela o Tribunal Constitucional introduziu o teste da proporcionalidade como ferramenta para a ponderação dos interesses em jogo e, notadamente, para a proteção do direito fundamental de liberdade de profissão (LANG, 2020).

Esses julgados representaram o ponto de partida para o desenvolvimento gradual da aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. A importância desse Tribunal Constitucional foi decisiva para a recepção da metodologia da proporcionalidade no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e outros Tribunais Constitucionais europeus (SWEET; MATHEWS, 2008). O peso do *status* desses dois Tribunais europeus contou decisivamente para a grande expansão do teste da proporcionalidade tanto para os países da Europa Ocidental quanto da Europa Oriental, notadamente quanto ao controle das medidas estatais de restrição no escopo dos direitos fundamentais. Igualmente, por influência

das decisões do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acolhendo-se a “cultura da justificação” (DYZENHAUS, 2018), a aplicação do teste da proporcionalidade expandiu-se para Canadá, África do Sul, Israel, Índia e Polônia, bem como para a América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador e Peru).

No modelo do designado constitucionalismo global (MÖLLER, 2012), característica dos Estados Democráticos Constitucionais da América Latina e de grande parte dos Estados europeus (CRAIG, 2016), o teste da proporcionalidade ocupa um papel central na jurisdição constitucional. A partir disso, importa examinar como os Tribunais Constitucionais empregam o teste da proporcionalidade. Além disso, pode ser investigado o que cada Tribunal Constitucional toma como sendo a ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade. Outra questão que pode ser colocada é se o teste da proporcionalidade como aplicado pelos Tribunais coincide com a sua configuração desenhada pelos livros da literatura científico-jurídica-filosófica. Essas questões somente podem ser respondidas se examinadas as decisões desses Tribunais tomadas com base ou referência ao teste da proporcionalidade.

As pretensões desta investigação dirigem-se à análise de algumas decisões do Tribunal Constitucional alemão e do Supremo Tribunal Federal. Isso em razão da importância e influência das decisões do Tribunal Constitucional alemão para a expansão global da aplicação do teste da proporcionalidade, que se fez sentir tanto no ambiente da literatura jurídico-constitucional brasileira (AFONSO DA SILVA, 2002; MORAIS, 2018) quanto, também, nas decisões do Supremo Tribunal Federal (MENDES, 1994). Nesse sentido, então, segue discussão a respeito do teste da proporcionalidade em ação no Tribunal Constitucional Federal alemão e no Supremo Tribunal Federal.

2 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NOS LIVROS E EM AÇÃO (*PROPORTIONALITY IN ACTION*) NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS: O EXEMPLO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

Ao discutir a evolução da aplicação do teste da proporcionalidade por parte do Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir das decisões *Lüth* e *Apotheken*, Petersen (2014) mostra o grau de importância de cada um dos subtestes da conformação *standard* do teste da proporcionalidade. Nessa configuração, uma medida estatal que intervém no escopo de pro-

teção de um direito fundamental somente estará justificada se cumprir os quatro subtestes da proporcionalidade – legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Assim, ela deve perseguir um fim legítimo, deve ser adequada para fomentar o fim perseguido, bem como deve ser necessária e proporcional em sentido estrito.

A análise da decisão *Apotheken* é bastante ilustrativa. Cuida-se de veredicto em que o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu desproporcional medida administrativa que não autorizou abertura de farmácia solicitada por farmacêutico profissional. A medida estatal de indeferimento do pedido de abertura da farmácia foi adotada com base na já existência de farmácias em número suficiente para atender a população local e também forte no argumento de que o aumento do número de farmácias poderia levar a um grau de concorrência de tal porte que obrigaria os farmacêuticos a reduzirem os preços e, assim, a qualidade dos medicamentos a serem dispensados aos consumidores. O resultado seria risco à saúde pública.

Segundo Petersen (2014), o Tribunal Constitucional Federal alemão rechaçou os argumentos do legislador sobre o comprometimento à solidez econômica, sobre prejuízo ao controle de medicamentos e sobre a possibilidade de aumento de consumo de medicamentos, advindos da instalação de nova farmácia. Para tanto, fez uso da argumentação dos meios menos restritivos, considerando que os motivos norteadores do investimento (análise econômica de mercado) afastariam a provável abundância de farmácias. Como reforço argumentativo, apresentou o exemplo de ausência de restrição ao estabelecimento de novas farmácias suíças, e, para afastar o argumento de que os farmacêuticos poderiam violar obrigações profissionais, utilizou a argumentação de coerência (trazendo à colação o exemplo de outras profissões nas quais o legislador não considerou a restrição a novos estabelecimentos, como médicos, e afastou as alegações sobre a regulamentação do mercado). Assim, considerou que o fortalecimento da supervisão de farmácias e a redução de procedimentos administrativos são encargos para os farmacêuticos e teriam sido meio menos restritivos e mais eficazes ao fim.

As contribuições de Petersen (2014) sobre a consolidação do teste da proporcionalidade como ferramenta metodológica para controlar a justificção das medidas estatais violadoras do escopo de proteção dos direitos fundamentais no contexto das decisões do Tribunal Constitucional alemão são

bastante objetivas. Ao recortar sua análise de 238 decisões, apenas quanto ao emprego do subteste da ponderação, excluídos, portanto, os demais subtestes, concluiu que a evolução da ponderação apresenta a identificação histórica do seu desempenho marginal por duas décadas, a contar da sua fundação, sendo empregada como justificativa à incompatibilidade constitucional de uma norma.

O Tribunal Constitucional nas suas duas primeiras décadas, 1951 a 1977, ao recorrer a argumentos da proporcionalidade, geralmente baseava suas decisões na falta de conexão entre meio e fim ou na existência de meios menos restritivos. Desde o final da década de 1970 até 2012, a consolidação da ferramenta argumentativa, com o uso da proporcionalidade em cerca de um terço das decisões, demonstra a evolução da análise à etapa da ponderação, especialmente a partir da década de 1980 (PETERSEN, 2014).

Em cuidadoso e mais recente estudo sobre a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal, Lang (2020) destacou o emprego dessa ferramenta metodológica para controlar medidas legislativas da Federação, dos Estados, da Administração e, também, decisões judiciais dos tribunais ordinários em mais de dois mil casos desde 1950, concluindo que essa ferramenta metodológica está enraizada na cultura jurídica e política alemã. Na investigação, Lang (2020) delimitou o período entre janeiro de 2000 e dezembro de 2017, encontrando 386 decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão que fazem referência à proporcionalidade, ainda que de modo incidental. Dessas, a pesquisa recortou 114 decisões em que o Tribunal Constitucional alemão efetivamente empregou o teste da proporcionalidade, como ferramenta para analisar a justificação de medidas de intervenção no escopo de proteção de direitos fundamentais. Um dado importante anotado pela investigação é o de que o Tribunal Constitucional tem aplicado o teste da proporcionalidade para controle da justificação de medidas estatais das mais variadas áreas e assuntos, como questões previdenciárias, tributárias, fiscais, econômicas, sociais, ambientais, saúde, trabalho, segurança nacional, criminais, etc. Igualmente, anotou-se o emprego do teste para precisar o limite das intervenções estatais nos mais diversos direitos fundamentais, como os direitos de liberdade, igualdade, privacidade, personalidade, propriedade, vida, integridade física, profissão, religião, entre outros.

A questão sobre como os Tribunais aplicam o teste da proporcionalidade é uma das mais importantes a respeito do emprego dessa ferramen-

ta metodológica. Como pode ser visto a partir de Petersen (2014) e Alexy (2008), tem se afirmado que o Tribunal Constitucional alemão aplica do modelo sequencial *standard* do teste da proporcionalidade em quatro subtestes – legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse modelo, uma medida é proporcional se atende aos quatro subtestes conjuntamente, sendo que a análise somente prossegue com o exame do subteste seguinte, caso atendido o subteste anterior. Assim, se a medida examinada falha no subteste da legitimidade do fim, já se tem o resultado definitivo no sentido de sua desproporcionalidade, não sendo o caso de se prosseguir na análise dos demais subtestes. Se a medida atende aos dois primeiros subtestes, mas não atende ao subteste da necessidade, não há necessidade de se avançar com a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Outra característica desse modelo, conforme amplamente desenvolvido no contexto acadêmico da comunidade jurídica-científica, é que a análise de cada subteste se dá de modo independente em relação ao demais subtestes.

Contudo, a prática mais recente do Tribunal Constitucional alemão, como deixa saber a investigação empírica de Lang (2020), nem sempre emprega o modelo sequencial *standard* do teste da proporcionalidade e, mesmo quando utiliza esse modelo, raramente deixa de examinar todos os subtestes, ainda que reconhecendo o não atendimento aos primeiros subtestes. Assim, mesmo reconhecendo que a medida analisada não persegue um fim legítimo ou não é adequada para promover a concretização desse fim, prossegue a análise com os subtestes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Outra diferença entre o teste da proporcionalidade nos “livros” e “em ação” nos Tribunais (LANG, 2020, p. 44) aparece quando o Tribunal Constitucional alemão salta a análise dos subtestes da adequação e da necessidade, indo diretamente para a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, igualmente, não poucas vezes, o Tribunal Constitucional alemão recusa-se a reconhecer a desproporcionalidade de uma medida sem chegar ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito. Mesmo assentindo que a medida não atende aos subtestes anteriores, o Tribunal Constitucional alemão conclui pela sua desproporcionalidade somente após o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, fica evidenciada a maior importância do subteste da proporcionalidade em sentido estrito e a relativa, ou menor papel, dos subtestes da adequação e da necessidade na

análise do teste da proporcionalidade. Não por outra, certamente, na grande maioria dos casos o reconhecimento da desproporcionalidade de uma medida se dá com base no teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Uma característica do teste da proporcionalidade em ação, pelo menos no contexto do Tribunal Constitucional alemão, é a análise de elementos dos subtestes da adequação e necessidade dentro do exame do subtestes da proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, tem-se uma interação integrativa entre as exigências dos subtestes da adequação e da necessidade com as exigências do subteste da proporcionalidade em sentido estrito. As exigências sobre a legitimidade do fim perseguido pela medida estatal e sobre a conexão racional entre a medida e o fim perseguido, bem como a investigação quanto à inexistência de medidas alternativas menos gravosas acabam sendo absorvidas e integradas no exame da proporcionalidade em sentido estrito (LANG, 2020). Isso pode ser observado na decisão *Apotheken* e na decisão *Cannabis* (ALEMANHA, 1994). Veja-se que, na decisão *Apotheken*, a motivação central para o Tribunal Constitucional alemão reconhecer a inconstitucionalidade da exigência administrativa foi a de que o fim da legislação das farmácias não tinha o propósito de promover a saúde pública, mas fixar barreiras à concorrência. Mesmo assim, a desproporcionalidade somente resultou reconhecida no subteste da proporcionalidade em sentido estrito. Na decisão *Cannabis*, o Tribunal Constitucional alemão expressamente reconheceu o papel da necessidade da medida de proibição criminal na ponderação em sentido estrito.

3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE EM AÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A expansão global do teste da proporcionalidade alcançou igualmente a América Latina e o Brasil. Há quem identifique (MORAIS, 2014) o emprego do teste da proporcionalidade nos Tribunais brasileiros desde antes da Constituição Federal de 1988. Segundo Moraes (2014), o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1951) teria aplicado o teste da proporcionalidade ao examinar majoração tributária imposta à obtenção de licença para o funcionamento de cabines de banho na praia da Cidade de Santos. Igualmente, identificou a aplicação do teste da proporcionalidade quando o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1968) entendeu desproporcional a sanção aplicada com base na Lei de Segurança Nacional, por excessiva restrição ao direito à vida e ao exercício de profissão. Outra decisão normalmente referida, quanto à introdução do emprego do teste da proporcionalidade

no Supremo Tribunal Federal, é a que examinou a constitucionalidade de legislação estadual que obrigava empresas fornecedoras do serviço de entrega a domicílio de gás a procederem à pesagem – com balança especial de precisão – dos respectivos botijões à vista do consumidor. O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1993) reconheceu a inconstitucionalidade da medida por entender desnecessária e desproporcional intervenção na liberdade de iniciativa.

A par dessa tradição, releva destacar decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal quanto ao emprego do teste de proporcionalidade como ferramenta metodológica para avaliar a justificação de intervenções ao escopo de proteção de direitos fundamentais. Ao que diz com o objeto dessa investigação, a análise de uma decisão pode servir para ilustrar a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, até porque nessa decisão restou fixado o Tema de Repercussão Geral nº 1103 (BRASIL, 2021), nestes termos:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (BRASIL, 2021)

No caso, o Supremo Tribunal Federal analisou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que recusou objeção de consciência de pais veganos à vacinação obrigatória de filho. O Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a necessidade de ponderação entre a liberdade de consciência filosófica dos pais e a proteção da saúde pública e, também, da proteção prioritária das crianças e dos adolescentes. Assim, tem-se o direito fundamental de proteção à liberdade de consciência filosófica dos pais, a partir do qual pode ser retirado o direito subjetivo à não intervenção estatal quanto à obrigatoriedade estatal de vacinar o próprio filho. Mas, igualmente, tem-se o bem jurídico constitucionalmente protegido da saúde pública e também o direito subjetivo à proteção da criança à vacinação. Expressamente, a decisão traz referência às lutas históricas contra as epidemias e o fato de as vacinas constituírem-se em método eficaz de prevenção e erradicação de doenças. O Supremo Tribunal Federal concluiu justificada a medida estatal

que impõe aos pais a obrigatoriedade de vacinação dos filhos, notadamente em relação às vacinas registradas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a respeito das quais não haja divergência científica quanto ao seu grau de eficácia. A decisão traz estes argumentos:

a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos. (BRASIL, 2021)

Além dessas razões, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhece a precedência do bem jurídico constitucionalmente protegido da saúde pública e dos direitos subjetivos de proteção de terceiros em relação ao direito de objeção de consciência filosófica dos pais que se recusam à vacinação geral. A decisão reconhece que a objeção de consciência apresentada pelos pais afeta a esfera jurídica de terceiros que não compartilham as mesmas convicções filosóficas, colocando-os em risco e exposição às doenças cuja vacinação funciona como mecanismo de prevenção e proteção. Além disso, a decisão assenta a constitucionalidade da legislação brasileira que fixa o Programa Nacional de Imunizações (BRASIL, 1975), trata das infrações à legislação sanitária Federal (BRASIL, 1977) e cuida das medidas estatais de enfrentamento da pandemia da Covid-19 (BRASIL, 2020).

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal refere, expressamente, que a intervenção na liberdade de crença filosófica dos pais está justificada pela necessidade de imunização coletiva e de proteção da criança. Também, reconhece a segurança empírica das premissas que suportam a medida estatal de obrigatoriedade da vacinação geral, notadamente em razão da aprovação do órgão nacional de vigilância sanitária e das evidências de consenso científico sobre a necessidade da prevenção geral por meio da vacinação.

Essa decisão pode ser analisada com base no teste da proporcionalidade, a partir das próprias formulações do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, pode ser verificado o subteste da legitimidade do fim perseguido pela medida estatal consistente na obrigatoriedade da vacinação geral. A respeito, pode ser observado que a decisão do Supremo Tribunal Federal

analisou a legitimidade do fim perseguido pela medida estatal, quando, expressamente, reconhece a constitucionalidade da legislação ordinária brasileira aplicável ao direito de saúde e à proteção integral à pessoa em desenvolvimento:

De longa data, o Direito brasileiro prevê a obrigatoriedade da vacinação. Atualmente, ela está prevista em diversas leis vigentes, como, por exemplo, a Lei nº 6.259/1975 (Programa Nacional de Imunizações) e a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal previsão jamais foi reputada inconstitucional. Mais recentemente, a Lei nº 13.979/2020 (referente às medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19), de iniciativa do Poder Executivo, instituiu comando na mesma linha. (BRASIL, 2021)

Quanto ao subteste da adequação, a decisão do Supremo Tribunal Federal deixa saber que a compulsoriedade da vacinação de crianças e de adolescentes é uma medida apropriada ao fim de imunização da coletividade, ao referir que a obrigatoriedade de imunização por meio de vacinas testadas, aprovadas e registradas por autoridade competente é uma medida adequada na proteção dos direitos fundamentais de terceiros ou de toda a coletividade.

Quanto ao subteste da necessidade, o veredicto do Supremo Tribunal Federal asseverou que a medida da vacinação compulsória é um meio necessário à proteção da dignidade como valor comunitário, à imunização coletiva e ao melhor interesse da criança, sendo capaz de satisfazer o fim almejado de proteção do direito à saúde e da prioridade da atenção à criança. No ponto, contudo, a decisão não discute a respeito da eventual existência de outras medidas igualmente eficazes e capazes de satisfazer a preservação da saúde com menor interferência no direito de liberdade de convicção filosófica dos pais.

A respeito do subteste da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o lugar da ponderação propriamente, o julgamento do Supremo Tribunal Federal expressamente reconhece a precedência do bem jurídico constitucionalmente protegido da saúde pública e do direito à proteção da criança contra enfermidades que podem ser prevenidas com a vacinação sobre a objeção de consciência filosófica dos pais da criança.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021) igualmente recorreu ao teste da proporcionalidade para analisar intervenção na

liberdade de consciência religiosa, consistente na proibição estatal da realização de cultos religiosos presenciais, fixada para enfrentar a disseminação de contágio da Covid-19 pelo Estado de São Paulo e diversos municípios brasileiros. O Supremo Tribunal Federal reconheceu justificada a restrição na liberdade de manifestação da consciência religiosa consistente na proibição de cultos presenciais, exatamente porque fixada como uma das medidas necessárias para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, cumprido o teste da proporcionalidade. Assentou-se igualmente que as informações e os dados disponibilizados pela Organização Mundial da Saúde sobre a pandemia da Covid-19, bem como o crescimento dos casos de contágios e a incapacidade do sistema de saúde para suportar a demanda de internações e atendimentos exigidos, evidenciavam a adequação, a necessidade e a ponderação da medida de proibição de cultos religiosos durante a pandemia da Covid-19.

O recorte dessas decisões serve para ilustrar o recurso do Supremo Tribunal Federal ao teste da proporcionalidade para avaliar a justificação de medidas estatais que afetam o escopo de proteção de direitos fundamentais. Isso não significa afirmar que o Supremo Tribunal Federal recorre sistemática e fundamentadamente, em todos os casos, ao teste da proporcionalidade para controlar as intervenções estatais no escopo de proteção de direitos fundamentais. Estudos já realizados a respeito disso, como os de Afonso da Silva (2002) e Moraes (2018), mostraram algo como uma aplicação retórica e fragmentária do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Mas é sensível um avanço no grau de fundamentação das decisões que aplicam essa ferramenta metodológica, como ilustram as decisões mais recentes aqui analisadas.

O Supremo Tribunal Federal (MORAIS, 2018), o Tribunal Constitucional Federal alemão (LANG, 2020) e, também, outros tribunais constitucionais (MORDECHAI; STEINER; LANG, 2020) nem sempre empregam o teste da proporcionalidade de modo uniforme, conforme a sua formulação estrutural *standard* sequencial, optando, em alguns casos, a uma análise híbrida e holística, em que os elementos de análise dos subtestes não são avaliados de modo independente, cada um capaz de excluir por si só a proporcionalidade da medida estatal examinada. Ao contrário disso, os subtestes são avaliados com interdependentes, em que os elementos de um podem afetar os elementos dos outros. Há, ainda, casos em que todos os subtestes

acabam sendo verificados em conjunto com o teste da proporcionalidade em sentido estrito.

4 TRIBUNAIS, PONDERAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

A estrutura formal de argumentação, quando da resolução de conflitos entre direitos individuais e direitos concorrentes ou interesse público, possibilita o estabelecimento, no caso concreto, de valores hierárquicos, conferindo um espaço de manobra ao intérprete, com possibilidade de avaliação e respeito a cada uma das partes, sem descrédito à legitimidade absoluta do direito posto em causa por uma delas, já que a decisão será fulcrada nas circunstâncias do caso individual (Petersen, 2014).

Segundo Sweet e Mathews (2008), o modelo de organização do Estado, no sistema de justiça constitucional, deve seguir os seguintes preceitos: as instituições do governo foram estabelecidas por constituição e a sua autoridade deriva exclusivamente de uma constituição escrita; a constituição atribui poder final ao povo por meio de eleições ou referendos; o uso da autoridade pública, incluindo a legislativa, é legal apenas na medida em que está em conformidade com a legislação constitucional; e a constituição prevê um catálogo de direitos e um sistema de justiça constitucional à defesa desses direitos, especificando o formato pelo qual pode ser revisada; assim, o constitucionalismo da atualidade baseia-se nas premissas de que os direitos e a sua efetiva proteção são fundamentais à legitimidade democrática do Estado.

Sob o viés da adjudicação constitucional, a ponderação não se dissocia da legislação; seu reconhecimento confere maior honestidade ao julgador e melhor estratégia em relação às alternativas trazidas pelas partes quando da colisão de direitos. Revela-se o quão complexa é a tarefa judicial diante das considerações políticas no caso em concreto, afastando a compreensão do exercício mecânico no ato de julgar, e se colocam os interesses jurídicos postos em causa no mesmo patamar para futura decisão, a ser valorada de acordo com os fatos, já que, em situações de balanceamento, o que possui variação é o contexto e a leitura do julgador sobre ele (circunstâncias, padrões de fato e considerações políticas em jogo) a determinar os resultados. No intuito de conferir coerência à adjudicação, os Tribunais podem desenvolver procedimentos argumentativos estáveis ao conduzirem suas decisões; na medida em que forem bem-sucedidos, esses

procedimentos poderão assumir funções de sistematização de precedentes (SWEET; MATHEWS, 2008).

O teste da proporcionalidade nos Tribunais revela a formatação de jurisprudência com estruturas estáveis quando do trato de questões complexas e controvertidas, uma vez que os julgados costumam apresentar um padrão argumentativo que contribui ao seu fortalecimento, a exemplo do desenvolvimento do exame da proporcionalidade no Canadá que, especialmente a partir de 1982, inseriu, na Seção 1 da Carta de Direito e Liberdade, a cláusula de limitação como garantia de que os direitos nela estabelecidos sejam sujeitos aos limites razoáveis prescritos por lei, as quais podem ser plenamente justificadas em uma sociedade justa e democrática (JACKSON, 2015). Ao interpretar a cláusula de limitação no famoso caso *R. v. Oakes* (CANADÁ, 1986), a Suprema Corte canadense ofertou resposta sob dois aspectos: legalidade e proporcionalidade. De igual forma, sob a influência da Suprema Corte canadense, a República da África do Sul incorporou a cláusula de limitação na Constituição Federal de 1993 e na sua Constituição Federal, ainda que não possua a mesma estrutura do teste canadense, a proporcionalidade e a ponderação estão no cerne do litígio constitucional deste país (SWEET; MATHEUS, 2008).

De fato, as estruturas argumentativas necessitam de construção decorrente de uma gradual incorporação aos julgados dos Tribunais; o exame da proporcionalidade, com observância a cada uma das etapas da análise, propicia que se valorem as virtudes e fraquezas trazidas por cada uma das partes ao enfrentamento da colisão dos direitos fundamentais, apresentando efeito disciplinador e racionalizador à decisão, possibilitando que se afastem resultados arbitrários e menos previsíveis.

A aplicabilidade da estrutura metodológica fornecida pela análise da proporcionalidade é um importante recurso para justificação racional da interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, incrementando o grau de legitimidade da jurisdição constitucional no controle das decisões da administração e do legislador. Como afirmado por Alexy (2008), há uma relação de implicação recíproca entre os direitos fundamentais e o teste da proporcionalidade, o que leva à união entre jurisdição constitucional e argumentação. A própria legitimidade da jurisdição constitucional é argumentativa (ALEXY, 2008) e, assim, dependente do modo de aplicação do teste da proporcionalidade.

Com isso fica colocada a importância do teste da proporcionalidade para a segurança, estabilidade e previsibilidade da jurisdição constitucional no controle das decisões da administração e da legislação que afetam o escopo de proteção dos direitos fundamentais. É com a análise da proporcionalidade que se avaliam os impactos da violação de um direito fundamental. Sem esse exame não seria possível o alcance do propósito da sua limitação; eventual alegação de inserção em esfera legislativa se evita com cuidadosa averiguação e argumentação quando de cada etapa do exame da proporcionalidade até se chegar à ponderação (Grimm, 2007).

Nesse sentido, a ponderação, ao contrário do que a crítica costuma ventilar (HABERMAS, 1992; BÖECKENFÖRDE, 1993), não se constitui instrumento de autonomia judicial atribuindo flexibilidade arbitrária ao julgador. Diferentemente, a aplicação do teste da proporcionalidade serve de instrumento à fundamentação racional das decisões da jurisdição constitucional, na medida em que permite um olhar sobre os passos das razões de justificação. Quanto maior o grau de saturação argumentativa na aplicação do teste da proporcionalidade, maior o grau de fundamentação de uma decisão e, assim, maior a legitimidade da jurisdição constitucional no controle das decisões da administração e da legislação. A proporcionalidade, como ferramenta metodológica, permite à jurisdição constitucional conformar uma imagem de neutralidade e imparcialidade diante da situação concreta posta a exame, descortinando-se a análise dos direitos fundamentais em conflito a partir de uma formatação argumentativa a demonstrar o afastamento de questões políticas (Petersen, 2014).

A estrutura metodológica apresentada pela análise da proporcionalidade permite o enfrentamento da causa pelo tribunal com prestígio aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, conferindo racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade ao caso, contribuindo à segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais revestem-se de importância nas democracias modernas e podem ser limitados como garantia da própria existência do Estado, a reforçar o ideal de que, quanto maior for a intervenção em um direito fundamental, maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.

O presente estudo apresentou o desenvolvimento da análise da proporcionalidade como importante estrutura metodológica a fornecer racionalidade aos julgados; verificou-se que, especialmente a partir da segunda metade do século passado, o teste da proporcionalidade difundiu-se, revestindo-se de importância no constitucionalismo global quando em xeque direitos constitucionais em conflito.

A compreensão e elucidação da análise da proporcionalidade trazem à reflexão a necessidade de que as decisões dos Tribunais sejam bem fundamentadas, a partir de estruturas metodológicas que de fato analisem os casos complexos e difíceis de normas constitucionais conflitantes, baseadas em justificações aptas à solução no caso concreto; por conseguinte, que descortinem o pano de fundo da proporcionalidade, além da retórica, como salvaguarda à segurança jurídica e ao princípio democrático.

Nesse passo, a construção de uma metodologia estruturada pelos Tribunais não é tarefa que se resolve em um passe de mágica, requer gradual aplicabilidade, com enfrentamento de todas as questões conflitantes trazidas às causas de modo sistemático, sob pena de não se cumprir o propósito de racionalidade às decisões judiciais, voltando o olhar da crítica a excessos de ponderação ou ativismo judicial, decorrente do fato de o julgador conferir os contornos que deseja à decisão.

Especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal vem incorporando a análise proporcionalidade aos julgados como estrutura metodológica. Contudo, a exemplo de outros Tribunais Constitucionais, não se pode esperar do Supremo Tribunal Federal o emprego sempre uniforme e idêntico do teste da proporcionalidade, conforme sua estrutura *standard* sequencial, em que cada subteste é analisado individualmente, e não atender qualquer deles implica o reconhecimento da desproporcionalidade da medida estatal examinada. À semelhança do que parece ser tendência dos demais Tribunais Constitucionais, a essência da análise do teste da proporcionalidade fica centrada no subteste da proporcionalidade em sentido restrito.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, V. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, *BverfGE*, 6, 32, 1957.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, *BverfGE*, 7, 198, 1958a.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, *BverfGE*, 7, 377, 1958b.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, *BverfGE*, 90, 145, 1994.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 18331*, 1951. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur68527/false>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 45232*, 1968. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur147338/false>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 6.259/1975*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 6.437/1977*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855*, 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur116839/false>. Acesso em: 10 jul. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.276.879*, 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/>. Acesso em: 7 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.979/2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Informativo por Temas nº 106*, 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/>. Acesso em: 7 jun. 2021.
- CANADÁ. Suprema Corte do Canadá, *R v. Oakes*, 1 SCR, 103, 1986.
- CRAIG, P. Proportionality and Judicial Review. *Oxford Legal Studies Research Paper*, 42, 2016.
- DYZENHAUS, D. Proportionality and Deference and in a Culture of Justification. In: HUSCROFT, G.; MILLER, B. W.; WEBBER, G. *Proportionality*

and the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
p. 234-258.

GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Court. *University of Toronto Law Journal*, 2007.

JACKSON, V. Constitutional Law in an Age of Proportionality. *The Yale Law Journal*, 124:3094, 2015.

LANG, A. Proportionality analysis by the German Constitutional Court. In: MORDECHAI, K.; STEINER, T.; LANG, A. *Proportionality in action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

MENDES, G. F. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, p. 475-469, 1994.

MORAIS, F. S. de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Robert Alexy pelo STF*. Salvador: JusPodivm, 2018.

MORAIS, F. S. de. O princípio da proporcionalidade e os direitos humanos fundamentais: revisão teórica orientada ao Direito brasileiro. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, ano 14, n. 1, jan./jul. 2014.

MORDECHAI, K.; STEINER, T.; LANG, A. *Proportionality in action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

MÖLLER, K. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PETERSEN, N. Balancing and Judicial Self-Empowerment on the rise of balancing in the jurisprudence of German Constitutional Court. *Jean Monet Working Paper*, 20/2014.

SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Journal*, 2008: 74-165.

Sobre o autor e a autora:**Anizio Pires Gavião Filho** | *E-mail:* piresgaviao@ hotmail.com

Doutor em Direito (UFRGS), Professor Titular da Faculdade de Direito da FMP, Coordenador do PPGD/FMP. Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7774124880944708>.

Ana Adelaide Brasil Sá Caye | *E-mail:* anasacaye@gmail.com

Mestranda em Direito, PPDG/FMP. Graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha (Urcamp). Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0215458837475681>.

Data de submissão: 23 de setembro de 2022.

Data de aceite: 18 de outubro de 2022.