

A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DA COVID-19 (ADI
6.586/DF)¹

*THE APPLICATION OF THE RULE OF PROPORTIONALITY AND THE PRINCIPLE OF
REASONABLENESS BY THE FEDERAL SUPREME COURT AND COMPULSORY COVID-19
VACCINATION (ADI 6.586/DF)*

Giovana Giulia Silva²

Isabela Vassoler da Silva Vilar³

Luiz Henrique Cademartori⁴

Resumo: O presente artigo objetiva o estudo da proporcionalidade enquanto regra de interpretação e aplicação do direito. Embora não haja um posicionamento sedimentado pela doutrina e jurisprudência brasileira acerca da sua correta aplicação, o presente trabalho pretende lançar luz à temática, sob as perspectivas de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, ao que concerne à distinção entre regras e princípios e o embate acerca da regra da proporcionalidade enquanto parte da estrutura dos direitos fundamentais, através da pesquisa bibliográfica e método indutivo. Ainda, após a construção do arcabouço teórico, será realizada uma análise da aplicação da regra da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.568/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar como o Tribunal realizou sua aplicação no caso concreto. A proporcionalidade pela perspectiva de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva é uma regra de aplicação dos direitos fundamentais, sendo composta por três sub-regras que guardam relação de subsidiariedade entre si. Sendo elas, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Da análise do caso, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, embora realize a aplicação da regra da proporcionalidade, a regra é comumente aliada à razoabilidade e utilizada como argumento retórico, o que abre azo para aplicações e precedentes simplistas. Portanto, a aplicação da regra da proporcionalidade é desacompanhada das sub-regras supracitadas, não aplicando-a de forma estruturada. Verifica-se, através do

¹ Recebido em 07/12/2023 e aprovado em 29/02/2024.

² Advogada, bacharela em Direito pelo Centro Universitário Integrado. Pós graduanda em Direito Público pela Universidade Estadual de Londrina. Pesquisadora em direitos humanos, direito constitucional, direito antidiscriminatório, direito das minorias e direito público.

³ Especialização em Direito Contemporâneo pelo Centro Universitário OPET, Brasil(2017). Procuradora Jurídica da Prefeitura Municipal de Cianorte, Brasil

⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1989), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atuou como Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça de Santa Catarina de 2005 a 2006; Foi Avaliador Ad Hoc de Cursos de Direito pelo MEC/INEP entre 1998 e 2013. Atuou como Secretário de Aperfeiçoamento Institucional da SEAI (Secretaria de Aperfeiçoamento Institucional) junto ao Gabinete da Reitoria da Universidade Federal de Santa Catarina e como Editor da Revista Sequencia - Estudos Jurídicos e Políticos do PPGD UFSC (2016-2018); Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo. Tem experiência na área de Direito Administrativo e Hermenêutica Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Administrativo; Direito Constitucional e Filosofia do Direito. É coordenador dos Projetos de Pesquisa: Direito Administrativo e Constitucionalismo e Modelagem e Compreensão dos Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política.

presente estudo, que embora seja possível realizar a distinção da proporcionalidade enquanto princípio através do arcabouço teórico acerca dos direitos fundamentais, a confusão terminológica e ausência da aplicação estruturada da proporcionalidade enquanto regra, ainda é uma questão que contribui para a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como mero argumento retórico.

Palavras chaves: Proporcionalidade. Razoabilidade. COVID-19. Princípios. Regras

Abstract: This article aims to study proportionality as a rule for interpreting and applying the law. Although there is no established position in Brazilian doctrine and jurisprudence regarding its correct application, the present work intends to shed light on the topic, from the perspectives of Robert Alexy and Virgílio Afonso da Silva, regarding the distinction between rules and principles and the clash about the rule of proportionality as part of the structure of fundamental rights, through bibliographical research and inductive method. Furthermore, after building the theoretical framework, an analysis will be carried out on the application of the rule of proportionality and the principle of reasonableness in Direct Unconstitutionality Action n. 6,568/DF, by the Federal Supreme Court, in order to verify how the Court carried out its application in the specific case. Proportionality from the perspective of Robert Alexy and Virgílio Afonso da Silva is a rule for the application of fundamental rights, consisting of three sub-rules that maintain a subsidiarity relationship with each other. These being adequacy, necessity and proportionality in the strictest sense. From the analysis of the case, it appears that the Federal Supreme Court, although it applies the rule of proportionality, the rule is commonly combined with reasonableness and used as a rhetorical argument, which opens the door for simplistic applications and precedents. Therefore, the application of the proportionality rule is not accompanied by the aforementioned sub-rules, not applying it in a structured way. It is verified, through the present study, that although it is possible to distinguish proportionality as a principle through the theoretical framework regarding fundamental rights, the terminological confusion and lack of structured application of proportionality as a rule, is still an issue that contributes to the use of proportionality and reasonableness as a mere rhetorical argument.

Key Words: Proportionality. Reasonableness. COVID-19. Principles. Rules

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da regra da proporcionalidade e princípio da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, com base no entendimento de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, realiza-se uma análise acerca da discussão sobre a regra ou princípio da proporcionalidade a fim de alcançar um denominador comum. Após, realizada a diferenciação de proporcionalidade e razoabilidade, se tecerá as subdivisões da regra da proporcionalidade, dando forma a esta como uma regra de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Finalmente, será colocada em cotejo a forma como ocorre a aplicação da regra da proporcionalidade e princípio da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6.586/DF sob a perspectiva utilizada por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva.

I. PROPORCIONALIDADE, PRINCÍPIO OU REGRA?

Por certo, há uma controvérsia terminológica a respeito do princípio da proporcionalidade. Ocorre que, ao se adotar o princípio jurídico em contraste com a regra, conforme difundido por Robert Alexy, há um distanciamento da proporcionalidade enquanto princípio.

De acordo com Alexy, a distinção entre regras e princípios “é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (Alexy, 2008, p. 85). Uma das formas mais frequentes de distinção entre regras e princípios é a utilização do critério da generalidade. De acordo com esse critério, os princípios são normas de elevado grau de generalidade, e em contrapartida, às regras, são dotadas de um grau de generalidade baixo (Alexy, 2008, p. 86).

Entretanto, o critério de generalidade não se apresenta como um critério que permite a distinção precisa entre princípio e regra. De acordo com Alexy, o ponto nevrálgico da distinção entre regras e princípios consiste em que, princípios são mandamentos de otimização, de forma que podem ser satisfeitos em graus distintos e sua satisfação não depende apenas do campo fático, mas da possibilidade jurídica, sendo determinado muitas vezes pelo choque entre princípio e regras (Alexy, 2008, p. 90). Neste sentido, as regras são dotadas de determinações. Em outras palavras, regras são normas que ou são satisfeitas ou não são.

Segundo aduz Virgílio Afonso da Silva, o denominado princípio da proporcionalidade não pode ser assim chamado a partir do pensamento de Alexy. Para Silva, trata-se de uma regra de proporcionalidade que contém sub-elementos aplicáveis por intermédio de subsunção. Desta forma, a adoção do termo princípio da proporcionalidade tem a pretensão de conferir a importância merecida à regra (Silva, 2000, p. 23-50). Alexy enquadra a proporcionalidade na natureza propriamente dita dos princípios e aponta que:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Alexy, 2008, p. 116-117).

A máxima proporcionalidade é, portanto, a exigência de sopesamento quando há a colisão de norma de direito fundamental com caráter de princípio com um princípio antagônico (Alexy, 2008, p. 117). Neste sentido, a proporcionalidade é um meio para dirimir o choque entre direitos fundamentais, ocasião em que se submete a norma a um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade, sendo estas a três sub-regras da proporcionalidade.

Quanto ao seu aspecto histórico, não há consenso da doutrina quanto ao momento do surgimento da regra da proporcionalidade. Alguns doutrinadores, que compreendem a regra da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade, que entendemos serem normas distintas conforme exposto adiante, afirmam ter origem na Carta Magna, devido ao fato do documento abordar a irrazoabilidade. Ocorre que, a irrazoabilidade surge em uma decisão judicial proferida em 1948, na Inglaterra.

O chamado teste de irrazoabilidade, também conhecido como o teste de Wednesbury, consiste em rejeitar atos que sejam irrazoáveis (Silva, 2008, p. 23-50).

Ainda na Inglaterra, o debate do Human Rights Act de 1998 coloca em pauta o interesse da doutrina inglesa em uma possível aplicação da regra da proporcionalidade. A partir de então, a regra da proporcionalidade pela aplicação jurídica inglesa, atua ao lado do princípio da irrazoabilidade, sendo perceptível, portanto, que não se trata de sinônimos, haja vista que nem sempre um ato desproporcional implicará em sua irrazoabilidade (Silva, 2008, p. 23-50).

Entretanto, a regra da proporcionalidade como se conhece atualmente é desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no cenário pós segunda Guerra Mundial ao final da década de 50, motivado pela necessidade de controle da razoabilidade dos atos legislativos (Roberto; Silva, p. 1568, 2012).

A partir de então há a difusão da aplicação da regra da proporcionalidade e suas sub-regras, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que serão exploradas a fundo no tópico seguinte.

Vale frisar que não há consenso acerca do fundamento jurídico do controle de proporcionalidade no cenário brasileiro. Alguns doutrinadores afirmam que este encontra base no princípio do Estado de Direito e outros defendem que a proporcionalidade está fundamentada em normas constitucionais que fazem menção à proporcionalidade (Roberto; Silva, 2012, p. 15720).

Em que pese as discussões doutrinárias acerca do fundamento jurídico da regra da proporcionalidade, o posicionamento de Robert Alexy parece mais acertado, ao afirmar que:

já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com duas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Alexy, 2008, p. 116-117).

Pela perspectiva de Alexy, a qual entendemos correta, a regra da proporcionalidade faz parte da própria estrutura dos direitos fundamentais enquanto princípios. E justamente por compor a estrutura dos direitos fundamentais que a exigibilidade da regra da proporcionalidade, quando ocorre colisão entre direitos fundamentais, não decorre de um dispositivo constitucional específico já que compõe sua própria estrutura. Neste sentido, aponta Virgílio Afonso da Silva:

se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy [...], admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação (Silva, 2008, p. 45).

Vale ressaltar que o mandamento de sopesamento, quando ocorre colisão de princípios, nada mais é que a realização do dever de otimização que corresponde com a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, já que o sopesamento busca atingir o grau máximo, dentro da realidade fática e jurídica, de realização dos princípios.

A proporcionalidade enquanto regra não admite a utilização de mandamentos de otimização como se princípio fosse, pois enquanto regra não há como estabelecer graus de satisfação, como é possível no choque entre princípios. A regra da proporcionalidade exige o cumprimento de suas três sub-regras, para dirimir o choque entre direitos fundamentais, que decorre da estrutura destes, pois como regra, ou ela é satisfeita ou não é.

O uso desta regra para controle de medidas que restrinjam direitos fundamentais, além de existir no Brasil e Alemanha, também pode ser observada em países como África do Sul, Israel, Índia, Coreia do Sul, Nova Zelândia e Canadá (Lima, 2020, p. 186).

A partir do entendimento da proporcionalidade enquanto regra, conforme exposto acima, o próximo tópico será destinado a esmiuçar as três sub-regras da proporcionalidade, sendo elas a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito com vistas a lançar luz sobre sua aplicação no Supremo Tribunal Federal.

2. A SUBDIVISÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Antes de analisar as três sub-regras propriamente ditas, vale realizar algumas considerações. Virgílio Afonso da Silva argumenta sobre a importância da aplicação correta das sub-regras da proporcionalidade, pois existe uma ordem pré-definida que guarda relação umas com as outras. Para o autor “a análise da adequação precede a da necessidade, que por sua vez precede a da proporcionalidade em sentido estrito” (Silva, 2008, p. 51).

Ainda, a importância da aplicação da regra pela ordem correta se faz perceptível na análise do caso concreto, já que a aplicação da regra nem sempre implicará a análise de todas as três sub-regras. Em outras palavras, as três sub-regras guardam entre si uma relação de subsidiariedade, podendo a regra se esgotar “com um simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos” (Silva, 2008, p. 52).

Feito esses registros iniciais, passa-se para a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as três sub-regras da proporcionalidade.

2.1. Adequação

Dentro das três sub-regras da proporcionalidade a adequação é a primeira que deve ser averiguada. Assim, é adequado o ato/meio pelo qual um objetivo é fomentado, ainda que não seja completamente realizado (Silva, 2002, p. 36-37), ou seja, a adequação da medida se limita ao exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados e tal exame é absoluto. Portanto, ou o ato é adequado ou não é adequado e, caso não seja capaz de fomentar o objetivo buscado, deve ser considerado inadequado e, conseqüentemente, a medida será desproporcional.

Não obstante se entender que é adequado o meio que fomenta algum objetivo, necessário destacar que em muitas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal entende-se que o subprincípio da adequação “exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos” (Brasil, 2021).

Não obstante entendimentos lançados pelo e. STF, inadequada é a medida em que a sua utilização não contribui em nada para a fomentar a realização do objeto pretendido (Silva, 2008, p. 38), já que para ser adequado o meio de utilização não precisa ser completamente realizado, mas deve ser o meio o qual a realização do objetivo seja fomentada.

De outro lado, caso a medida adotada for considerada adequada, deve ser analisada - em seqüência - se é necessária.

2.2. Necessidade

Passada a análise da adequação, demanda-se o exame da necessidade, que é um comparativo entre meios possíveis e preconiza que a medida adotada para o fim determinado, dentre as várias possíveis, é menos restritiva de direitos fundamentais.

Gilmar Mendes explana que o “subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos” (Mendes, 2000, p. 250)

Nesse sentido, determinado meio empregado pelo Estado é necessário quando não há outro a ser escolhido pelo legislador, igualmente eficaz, com limitação de maneira menos gravosa do direito fundamental.

Alexy assevera que a necessidade obriga que se faça um sopesamento entre alternativas possíveis, fundamentando a relação condicionada de preferência entre elas (Alexy, XXX, p. 118).

Ainda, Virgílio Afonso da Silva afirma que a diferença entre o exame de necessidade e o da adequação é que o exame da adequação é um exame absoluto, enquanto o exame da necessidade é comparativo (Silva, 2008, p. 39).

Assim, nesta segunda fase de análise das sub-regras se observa a adoção de uma outra medida menos restritiva.

2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Quando a medida avança pelas sub-regras supracitadas, que estão em um campo fático, se exige, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito, que “consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide” (Silva, 2008, p.41).

Neste sentido, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, os motivos que dão ensejo à adoção da medida precisam ser insuficientes para justificar a restrição de um direito fundamental a ser atingido (Silva, 2008, p. 42).

A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito pode ser extraída na primeira referência à proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 18.331 de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, ocasião em que o Ministro Relator argumentou acerca da desproporcionalidade da medida adotada pelo Estado:

o objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo. Neste particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família. Curem quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida (Mendes, 1994, p. 474)

Dessa forma, pode-se inferir que a proporcionalidade em sentido estrito, é verificada através do meio escolhido ser apto a fomentar o objetivo pretendido com a medida, desde sua realização proporcione maiores benefícios do que outras.

Em outras palavras, a medida adotada para determinado fim deve ser a menos restritiva de direitos fundamentais possíveis e que sua a realização tenha peso para justificar eventual restrição de direitos, que não deve ser excessiva. Para Ingo Wolfgang Sarlet, é na análise da proporcionalidade em sentido estrito que:

se realiza a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, pois o que se busca é responder à pergunta sobre se as vantagens causadas pela promoção de determinado fim (ou fins) são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ou seja, as restrições impostas aos direitos fundamentais (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2018, p. 409).

Portanto, é na terceira fase da aplicação da regra da proporcionalidade que ocorre o sopesamento propriamente dito, que busca investigar qual será o impacto de determinada restrição de

direitos fundamentais em face de uma ponderação ante a necessidade de preservação de outros direitos fundamentais.

3. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE SÃO CONCEITOS JURÍDICOS SINÔNIMOS?

Ultrapassado o estudo das sub-regras do princípio da proporcionalidade, é oportuno discutir se a regra da proporcionalidade se equivale ao princípio da razoabilidade.

De antemão, é sabido que a questão é divergente dentro da doutrina brasileira, já que parte dos estudiosos equipara estes princípios e os utiliza em sinonímia, como Raquel Denize Stumm e Paulo Armínio Tavares Buechele.

Na ADI 855/PR (acerca da obrigatoriedade dos estabelecimentos que comercializam GLP pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição), por exemplo, além de não haver análise das sub-regras da proporcionalidade, a razoabilidade e proporcionalidade são tratadas como sinônimos.

Luís Roberto Barroso ressalta que a doutrina e a jurisprudência brasileira costuma fazer referência igualmente ao princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade (1996, p. 163-164), mas declara haver uma distinção entre a proporcionalidade e razoabilidade porque a primeira seria construção do Direito alemão, com um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado, enquanto a razoabilidade, fundamentada no devido processo legal substantivo, teria destaque no sistema norte-americano, e não demonstraria preocupação com uma formulação sistemática (Camargo, 2005, p.10).

Já Humberto Ávila, além de diferenciar os dois conceitos, analisa a utilização errônea de diversos julgados em que proporcionalidade e razoabilidade são empregadas de forma indistintas:

a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual - como será demonstrado - não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa (Ávila, 2001, p. 152).

Na mesma toada e de forma precisa e objetiva, Virgílio Afonso da Silva afirma não ser possível equiparar os dois conceitos, e que a razoabilidade exigiria a análise quanto à compatibilidade do meio empregado e os fins visados, bem como a legitimidade de tais fins. Comparando-a com a proporcionalidade, corresponderia apenas ao teste da adequação (2002, p. 29-30).

Em seu trabalho intitulado “O Proporcional e o Razoável”, que tem o intento de afastar (de vez) a ideia da similaridade, comenta o uso da proporcionalidade e razoabilidade nos seguintes termos:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira

afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados (Silva, 2002, p.31)

Neste sentido, verifica-se que muitas vezes, na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, os Tribunais Superiores utilizam-se desta como mera estratégia retórica sem realizar a aplicação da regra de forma estruturadas e, na maioria das vezes, realizando a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito de forma simplista, sem proceder de fato o controle de proporcionalidade do ato sob análise.

A razoabilidade tem como base o devido processo legal substantivo, ou seja, possibilidade uma verificação de compatibilidade dos fins pretendidos e o meio determinado pelo legislador (Roberto; Silva, 2012, p. 1582). Dessa forma, a análise da razoabilidade tem a presença da análise entre os fins e os meios e o objetiva a adequação de sentido entre estes.

Luís Roberto Barroso divide a razoabilidade entre razoabilidade interna e externa. Para o autor, a primeira trata-se da razoabilidade que é aferida dentro da lei, e estabelece o liame entre fins e meios na própria legislação. Já a razoabilidade externa se caracteriza pelos fins e meios que a Constituição Federal prevê, sendo a lei contrária aos mandamentos e valores constitucionais desarrazoada (Barroso, 1999, p.226).

Ainda, a análise da razoabilidade deve ser observada tanto no poder executivo quanto no poder judiciário. O controle de razoabilidade na administração recai sobre os atos discricionários, momento em que o juiz deve analisar se a decisão discricionária tomada pelo administrador está amparada pelos critérios estabelecidos por lei, somado a averiguação de juízo de conveniência e oportunidade (Roberto; Silva, 2012, p. 1583).

A diferença entre o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade, é que a primeira é utilizada para enfrentar atos proferidos pelo poder público que limite direito fundamental e dado a esta limitação, não seja adequado para a realização de um determinado fim. Já a regra da proporcionalidade é aplicada quando há choque entre princípios, ocasião em que há um sopesamento para impedir a restrição excessiva, fazendo a análise, no caso concreto, se a medida tomada foi adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

4. O JULGAMENTO DA ADI 6.586/DF E A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Virgílio Afonso da Silva expressa que há certo descaso do Supremo Tribunal Federal quando aplica a regra da proporcionalidade nos casos concretos. Segundo o autor, não raras vezes, o tribunal limita-se a equiparar proporcionalidade à razoabilidade (Silva, 2002, p. 30-31), os quais não podem ser compreendidos como sinônimos, não os aplicando de forma estruturada, satisfazendo-se com meras citações de que foram utilizados para orientar a decisão.

A regra da proporcionalidade, para que seja aplicada ao caso concreto parte da análise, de forma subsidiária, dos elementos a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. O uso de tais elementos é necessário visto que tais fazem parte da regra da proporcionalidade e ainda evita que os julgadores busquem justiça com uso desenfreado de princípios, negligenciando seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos (SARMENTO, 2006, p. 199-202).

A ADI 6.586/DF foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT para que fosse dada interpretação conforme os artigos 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição Federal ao artigo 3º, III, d, da Lei 13.979/2020. A ADI foi conhecida e julgada parcialmente procedente.

No caso supracitado clarividente o conflito entre direitos ligados à liberdade individual e àqueles relacionados à saúde coletiva e, em razão desta colisão, a ponderação que deve ser buscada à luz da proporcionalidade.

Não obstante em alguns votos prolatados os doutos Ministros mencionarem a proporcionalidade, não o fazem com análise concreta da regra, ou seja, não há a aplicação a partir do cotejo de seus elementos imprescindíveis.

Alexy, em suas obras, constrói a ideia de que a partir da análise de cada uma das sub-regras da regra da proporcionalidade é possível, ao final, se chegar a um resultado racional. E é a partir dessa ideia que analisaremos o uso da regra da proporcionalidade na ADI 6.586/DF.

Como supracitado, necessário, ao usar a regra da proporcionalidade, percorrer pelos elementos: a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da adequação, no caso supracitado, teria de ter sido analisado a partir da seguinte perspectiva: o meio utilizado pela norma faria com que o objetivo pretendido fosse alcançado ou, ao menos, fomentado?

No caso concreto, tanto a medida de vacinação compulsória, quanto à implementação de medidas para combater o coronavírus por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios se mostram adequadas (nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade), e isto porque são aptas a fomentar os objetivos pretendidos, qual seja, enfrentamento da emergência de saúde pública.

Na análise da necessidade, se faz necessário cotejar a medida discutida, da vacinação compulsória e implementação de medidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo - de alcançar a imunidade de rebanho - com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos indivíduos.

No caso em tela, a vacinação compulsória se mostra como a medida ideal para promover o objetivo, a imunidade de rebanho, com a menor restrição de direitos à medida em que a vacinação compulsória limitaria o acesso dos indivíduos a determinados lugares.

Com relação a proporcionalidade em sentido estrito, nota-se que nenhum dos ministros que apontaram o uso da proporcionalidade em seu voto, procedeu à comparação das alternativas possíveis. Como ocorre na manifestação do voto conjunto entre os Ministro da Suprema Corte:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso

(Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermaßverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa. No caso em tela, a dificuldade de fixar soluções interpretativas definitivas a partir do teste de proporcionalidade advém da natural incompletude dos textos normativos que tutelam políticas públicas cuja calibragem é naturalmente mutável, no caso de acordo com circunstâncias de enfrentamento da pandemia (Brasil, 2020, p. 168-169).

Se observa que a proporcionalidade é mencionada como princípio pelo Supremo Tribunal Federal e é posta como equivalente ao princípio da proibição de excesso. Virgílio Afonso da Silva, aponta que a regra da proporcionalidade, “ainda que seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais”. (Silva, 2002, p. 27).

Para o autor, a possibilidade de aplicação da regra da proporcionalidade a casos que não guardam relação com excesso estatal, é suficiente para renunciar à utilização da proibição de excesso enquanto sinônimo da regra da proporcionalidade (Silva, 2002, p. 27).

Ainda no voto conjunto, há a menção da análise da necessidade e da adequação, em que se argumenta a dificuldade de se estabelecer interpretações definitivas dado a incompletude normativa que tutelam políticas públicas, conforme supracitado.

No nosso estudo, entende-se que há dois pontos necessários para análise.

Primeiramente, deve-se verificar qual direito fundamental está sendo restringido, após, proceder a realização de uma análise minuciosa de alternativas a fim de verificar qual restringiria em maior e menor intensidade o direito de cada indivíduo.

O direito restringido é o da autonomia individual e da análise do caso, a vacinação compulsória, nos termos postos pelo Supremo Tribunal Federal, que consigna na ADI que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, tal medida é a menos restritiva de direitos já que, não há uso da força e sua compulsoriedade é implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, por exemplo, restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares.

Assim, comparada com a medida do uso da força, por certo é necessária a compulsoriedade da vacina nos termos expostos pelo Supremo Tribunal Federal.

Seguindo a análise da regra da proporcionalidade, necessário que uma última sub-regra seja analisada, qual seja, da proporcionalidade em sentido estrito. Virgílio Afonso da Silva aponta que:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito

fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (Silva, 2008 p. 41).

O uso da proporcionalidade em sentido estrito faz com que se evite que medidas descabidas sejam consideradas proporcionais. No caso analisado, a vacinação compulsória foi considerada adequada e necessária e, agora, questiona-se se a limitação à liberdade individual é proporcional quando se coteja com o direito fundamental à saúde coletiva. A resposta é tão evidente que salta à vista, até porque a limitação à liberdade individual é mínima quando se contrapõe à saúde de toda uma população.

Da análise dos votos dos Eminentíssimos Ministros da Suprema Corte, há a realização do sopesamento dos direitos fundamentais em choques no caso, sendo a aplicação da proporcionalidade realizada, porém, sem a menção da proporcionalidade enquanto regra bem como as três sub-regras que a acompanham. Nota-se que a sua aplicação se dá enquanto parte estruturante do núcleo essencial dos direitos fundamentais, veja-se:

in casu, as eventuais restrições à liberdade individual decorrentes do acionamento do art. 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020 traduzem imposições do próprio complexo constitucional de direitos, a exigir medidas efetivas para assegurar a proteção de outros direitos igualmente fundamentais – a saúde e a vida. Ao restringir a autonomia da vontade individual, a limitação efetivada pelo preceito normativo questionado no âmbito de eficácia de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de modo, repito, a conformá-las com os demais postulados constitucionais – direito à saúde e à vida –, preserva satisfatoriamente o seu núcleo essencial. [...]. Em situações emergenciais, restrições a direitos fundamentais que seriam inadmissíveis em períodos de normalidade, podem vir a ser admitidas, notadamente quando uma modesta limitação de liberdades produzir um substancial ganho em segurança (Brasil, 2020, 205-206).

Através do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, verifica-se o sopesamento entre o direito à saúde e à vida e o direito à autonomia da vontade individual, em choque dado à compulsoriedade da vacinação. No caso em tela, da proporcionalidade em sentido estrito, o sopesamento aponta que o impacto da restrição do direito fundamental à autonomia individual será irrisório, quando em face da necessidade de preservação do direito à vida e o direito à saúde.

Verifica-se, portanto, que a aplicação da regra da proporcionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em comento, é realizada enquanto parte da estrutura dos direitos fundamentais.

A crítica quanto a este modelo de aplicação se faz no sentido em que, a mera aplicação e menção da proporcionalidade como argumento retórico, abre azo para que haja confusão quanto à sua aplicação. Especialmente ao fato de que essa medida, quando realizada pelos tribunais superiores, é apta a fomentar um ambiente jurisprudencial que aplica a regra da proporcionalidade de forma simplista e generalista.

4. CONCLUSÃO

A temática relacionada à regra da proporcionalidade é de grande relevância ao direito e notadamente aplicada em inúmeras decisões judiciais.

O ponto de partida da crítica realizada pelo artigo, que se coaduna com a perspectiva de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, aponta que apesar de a proporcionalidade ser utilizada como princípio, esta deve ser tratada como regra ao ser aplicada para dirimir o choque entre direitos fundamentais. E, ao ser empregada, deve haver análise de suas três sub-regras – as quais possuem uma relação de subsunção entre si – quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que tange a adequação – que é a primeira sub-regra a ser averiguada – deve se examinar como adequado quando o ato/meio fomenta o objetivo buscado. Caso não impulse seu objetivo, será entendido como inadequado e, conseqüentemente, a medida será desproporcional. De outro lado, caso a medida for considerada adequada passa-se para análise da necessidade.

O meio/ato é necessário quando não há outro a ser escolhido, igualmente eficaz e com limitação de maneira menos gravosa do direito fundamental. E, por fim, ao avançar nas sub-regras, a análise da proporcionalidade em sentido estrito se dá quando a medida adotada para determinado fim seja menos restritiva de direitos fundamentais possíveis e que sua realização tenha peso para justificar eventual restrição de direitos, que não deve ser excessiva.

Feita a análise da regra da proporcionalidade (e suas sub-regras), merece nota nesta conclusão de que o estudo esclarece a distinção entre esta e o princípio da razoabilidade, os quais são erroneamente empregados como sinônimos. No entanto, estes conceitos não podem ser equiparados, sendo que no que concerne à razoabilidade exigir a análise entre os fins e os meios e o objetivar a adequação de sentido entre estes.

Por derradeiro, uma das mais importantes considerações refere-se à relação da regra da proporcionalidade utilizada na ADI 6.586/DF. Após análise do julgado, não obstante o Supremo Tribunal Federal realizar a aplicação da regra da proporcionalidade, a Corte deixa de analisar as sub-regras supracitadas, não aplicando-a de forma estruturada, apenas com simples citações de uso.

Portanto, embora haja a aplicação da regra da proporcionalidade, esta se dá na forma estrutural da aplicação dos direitos fundamentais, conforme aponta Alexy. Em outras palavras, não há a menção da regra da proporcionalidade e a aplicação das três sub-regras que a compõem, mas a utilização da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, como estruturantes dos direitos fundamentais.

A grande problemática se encontra na menção do princípio da proporcionalidade e razoabilidade como argumento retórico, que abre azo para aplicações e precedentes simplistas com relação a estes.

5. REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47313/45714>> Acesso em 27 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*. Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em 31 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586. Requerente: Partido Democrata Trabalhista. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2020. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 15. ago.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 27 ago. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF de 2008. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6678. Brasília, DF de 2021. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113005>. Acesso em: 29.ago.2023.

CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica*. Trabalho de Conclusão de Curso. Sociedade Brasileira de Direito Público. Escola de Formação, São Paulo. p. 81, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, p. 469-475, dez. 1994.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 20 ago. 2023. ISSN 1980-7791

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p.607, 603.

