

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO – UNDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE JOSÉ FONTINELE MURICI

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI 5.921/2001: uma análise feita a partir da máxima da proporcionalidade como concebida na teoria de Robert Alexy

São Luís

2017

ALEXANDRE JOSÉ FONTINELE MURICI

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI 5.921/2001: uma análise feita a partir da máxima da proporcionalidade como concebida na teoria de Robert Alexy

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo

São Luís

2017

Murici, Alexandre José Fontinele

A inconstitucionalidade do projeto de lei 5.921/2001: uma análise feita a partir da máxima da proporcionalidade como concebida na teoria de Robert Alexy./ Alexandre José Fontinele Murici. __ São Luís, 2017.

65 f.

Orientador (a): Prof. Me. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito. - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2017.

1. Constitucionalidade 2. Projeto de lei 5.921/2001 3. Publicidade infantil 4. Teoria - Robert Alexy I. Título

CDU 342.7

ALEXANDRE JOSÉ FONTINELE MURICI

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI 5.921/2001: uma análise feita a partir da máxima da proporcionalidade como concebida na teoria de Robert Alexy

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (Orientador)
Mestre em Direito Público - Universidade Federal de Pernambuco
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

1º Examinador
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

2º Examinador
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Dedico este trabalho a minha mãe, a minha tia
Lourdes e a minha avó Eunice.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades e principalmente pela sua imensa misericórdia para comigo.

Ao meu orientador professor Lino, pelo suporte, pelas suas correções e incentivo.

A minha mãe, pelo amor, estímulo, apoio, cuidados e presença constante.

A minha tia Lourdes por todos os cuidados desde a minha infância e pelo suporte e carinho de sempre.

A minha avó Eunice pela doçura e amor sempre presentes.

Aos meus irmãos e primos pela infância maravilhosa e pelas conversas e discussões que contribuíram para a minha formação como pessoa.

As minhas amigas Camila e Nágylla, pelo companheirismo e cooperação desde o início do curso.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“A menor minoria na Terra é o indivíduo. Aqueles que negam os direitos individuais não podem se dizer defensores das minorias”.

Ayn Rand

RESUMO

Análise da constitucionalidade do projeto de lei 5.921/2001, que tem por objetivo a proibição da publicidade voltada para a criança e ao adolescente, feita a partir da máxima da proporcionalidade como concebida na teoria de Robert Alexy. Primeiramente, foram destacados conceitos essenciais da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, tais como: normas, regras, princípios e máxima da proporcionalidade, o caráter *prima-facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras, a lei de colisão e a lei do sopesamento e a máxima da proporcionalidade nas suas vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em segundo lugar, foram analisados quatro julgados do Supremo Tribunal Federal que englobam decisões de 1993 a 2017, com o objetivo de observar se a jurisprudência nacional da Suprema Corte aplica o método da proporcionalidade de Robert Alexy e se vem utilizando a análise de proporcionalidade de forma correta e sistematizada como fundamento em decisões de constitucionalidade. No início da terceira parte, foram salientados alguns direitos postos em conflito caso o projeto de lei 5.921/2001 fosse aprovado e, logo após, foi aplicada a máxima da proporcionalidade nas suas vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, chegando-se a conclusão de que o projeto de lei 5.921/2001 não é proporcional sendo, portanto, inconstitucional.

Palavras-chave: Projeto de lei 5.921/2001. Publicidade infantil. Máxima da proporcionalidade. Constitucionalidade.

ABSTRACT

Constitutional analysis of bill 5.921/2001, which aims at a ban on advertising aimed at children and adolescents, was made from the proportionality test as conceived in Robert Alexy's theory. Firstly, were emphasized essential concepts of Robert Alexy's fundamental rights theory, such as: norms, rules, principles and proportionality test, the *prima facie* character of the principles and the definitive character of the rules, the collision law and the law of balancing and proportionality test in its aspects of suitability, necessity and proportionality in the narrow sense. Secondly, we analyze four judgments of the Federal Supreme Court that include decisions from 1993 to 2017, in order to observe if the national jurisprudence of the supreme court applies the proportionality test of Robert Alexy and if they have been using the proportionality test correctly and systematized as a basis in constitutional decisions. At the beginning of the third part, there were highlighted some rights conflicts that will occur in the case of bill 5,921 / 2001 gets approved, soon after, the proportionality test was applied in its aspects of suitability, necessity and proportionality in the narrow sense, coming to the conclusion that the bill 5,921 / 2001 is not proportional and therefore is unconstitutional.

Keywords: Bill 5.921/2001. Children's advertising. Proportionality test. Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI-MC	Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome/ Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
HIV	Human Immunodeficiency Virus/ Vírus da Imunodeficiência Humana
OEA	Organização dos Estados Americanos
RJ	Rio de Janeiro
SC	Santa Catarina
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONCEITOS ESSENCIAIS PRESENTES NA TEORIA DE ROBERT ALEXY: normas, regras, princípios e máxima da proporcionalidade	14
2.1	Normas, Regras e Princípios	14
2.2	Distinção entre regras e princípios em Dworkin e Alexy	16
2.3	O caráter <i>prima-facie</i> dos princípios e o caráter definitivo das regras	22
2.4	Princípios como mandados de otimização	25
2.5	Lei de colisão e lei do sopesamento	26
2.6	Máxima da proporcionalidade	28
2.6.1	Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito	30
2.7	Diferença entre proporcionalidade e razoabilidade	33
3	APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO BRASIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
3.1	Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy na Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2/PR	37
3.2	Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy no Habeas Corpus 76060-4/SC	39
3.3	Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy na Ação Direta de Constitucionalidade 9/DF	40
3.4	Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy no Habeas Corpus 124.306/RJ	41
4	O PROJETO DE LEI 5.921/2001 E A ANÁLISE DE SUA PROPORCIONALIDADE	46
4.1	O Projeto de Lei 5.921/2001 e os direitos que seriam postos em conflito caso aprovado	46
4.2	A constitucionalidade do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001 analisado sob a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy	53
4.2.1	A análise da adequação do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001	53
4.2.2	A análise da necessidade do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001	55
4.2.3	A análise da proporcionalidade em sentido estrito do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001	57

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 227, trouxe consigo uma gama de direitos fundamentais concernentes à criança e ao adolescente na tentativa de garantir-lhes a proteção jurídica, respeito e cuidados especiais não só por parte da família, mas por parte da sociedade e do Estado brasileiro (BRASIL, 1988).

Mais tarde, no ano de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente que logo, em seu artigo primeiro, prega a proteção integral à criança e ao adolescente, tratando-os enquanto sujeitos de direitos, buscando assegurar-lhes todas as condições necessárias para uma vida digna e um desenvolvimento pleno e saudável (BRASIL, 1990a).

Nesse cenário estabelecido pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o projeto de lei nº 5.921 de 2001 encontrou o terreno ideal que, a princípio, daria substrato ao seu objetivo: a proibição da publicidade infantil. O projeto considerou que problemas como obesidade infantil, delinquência infantil e consumismo infantil seriam problemas que teriam na atividade publicitária uma das suas maiores causas (BRASIL, 2001).

Faz-se necessário, portanto, analisar os conflitos existentes entre o direito à proteção integral da criança e do adolescente de um lado, e os direitos à liberdade de expressão e à livre iniciativa do outro.

Trata-se, então, de uma questão cuja solução passa pelo método da máxima da proporcionalidade, como concebido na teoria de Robert Alexy, para que se chegue a uma possível resposta.

Robert Alexy fez uma importante distinção sobre o conceito de norma, diferenciando as suas espécies: as regras e os princípios. Ele analisou os princípios como “comando de otimização” que levam em conta as possibilidades jurídicas e fáticas buscando a satisfação máxima possível de todos os princípios que porventura entrem em conflito (BRANCO; MENDES, 2015, p. 74).

Nesse sentido, é possível observar que a teoria de Alexy é de extrema importância quando se trata de direitos fundamentais conflitantes, pois busca sempre a efetivação máxima de todos os princípios envolvidos e, desta forma, que nenhum princípio seja totalmente prejudicado por outro.

Para tanto, Alexy (2015) traça uma análise tripartida e sistematizada da máxima da proporcionalidade. Uma medida só será proporcional se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Tendo em vista esse aspecto jurídico, buscou-se como objetivo principal do trabalho analisar a constitucionalidade da proibição da publicidade dirigida ao público infantil e adolescente trazida pelo projeto de lei nº 5.921 de 2001, a partir da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy.

A fim de alcançar tal objetivo buscou-se, no primeiro capítulo, pontuar os conceitos essenciais presentes na teoria de Robert Alexy (2015), tais como normas, regras, princípios e máxima da proporcionalidade. Ainda nesse capítulo foi traçado um paralelo entre os pensamentos de Ronald Dworkin (2002), igualmente um grande expoente quando se trata da análise de regras e princípios, e o pensamento de Alexy, principalmente em relação aos pontos concordantes e discordantes entre ambos.

Ainda no primeiro capítulo abordou-se o caráter *prima-facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras como forma de diferenciá-las. Além disso, a lei de colisão e lei do sopesamento, que são pensamentos lógicos que balizam a proporcionalidade em Alexy, assim como o detalhamento da máxima da proporcionalidade nas suas vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e, por fim, tratou-se da diferença entre proporcionalidade e razoabilidade a fim de demonstrar que não são expressões sinônimas.

O segundo capítulo visou, através de quatro julgados do Supremo Tribunal Federal, observar de forma exemplificativa se a jurisprudência nacional aplica o método da proporcionalidade de Robert Alexy e se vem utilizando a análise de proporcionalidade de forma correta e sistematizada como fundamento em decisões de constitucionalidade.

Na primeira parte do terceiro capítulo foram destacados direitos que entrariam em conflito caso o projeto de lei nº 5.921 de 2001 fosse aprovado, a saber: liberdade de expressão, proteção integral da criança e do adolescente e livre iniciativa, destacando-se brevemente a importância de cada um deles para o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, na segunda parte do terceiro capítulo, partiu-se para a análise da proporcionalidade do projeto de lei nº 5.921 de 2001 nas vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para, enfim, responder se o projeto é constitucional ou não.

Com base nos objetivos esta pesquisa se classifica como exploratória, já com base nos procedimentos ela se classifica como pesquisa bibliográfica por utilizar primordialmente fontes como artigos, livros teóricos e periódicos (GIL, 2002).

São descritos conceitos, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais, através de obras específicas que tratam diretamente do tema. Com base nisso, são feitos comentários e críticas a respeito das teorias e posicionamentos encontrados. Sendo esta pesquisa

caracterizada como dedutiva de acordo com Gustin e Dias (2010), pois segue pontos de vista gerais sobre o estudo das normas, regras, princípios e máxima da proporcionalidade para, a partir daí, observar de forma breve se o STF vem aplicando a máxima da proporcionalidade de forma correta e por fim analisar a constitucionalidade do projeto de lei nº 5.921 de 2001.

Outra definição, também trazida por Gustin e Dias (2010), diz respeito à linha metodológica. É abordada a linha metodológica jurídico-sociológico que busca analisar o direito em um contexto de integração social, estando isso diretamente relacionado com a análise da influência da efetivação dos Direitos Fundamentais para a sociedade.

2 CONCEITOS ESSENCIAIS PRESENTES NA TEORIA DE ROBERT ALEXY: normas, regras, princípios e máxima da proporcionalidade

2.1 Normas, Regras e Princípios

Para que se entenda a estrutura da máxima da proporcionalidade e como ela funciona é necessário entender primeiro o conceito de normas de acordo com Alexy (2015) e, com isso, compreender a diferença entre princípios e regras e como a lógica dos princípios exigem a máxima da proporcionalidade durante uma possível colisão.

Alexy (2015, p. 53-59) observa que o conceito de normas de direito fundamental compartilha do mesmo problema que o conceito de normas em si, isto é, são conceitos vagos que de forma geral estão sempre relacionados às regras, mandamentos ou preceitos e tendo a sua utilização em campos que ultrapassam a Ciência do Direito. Assim sendo, o conceito de norma, a princípio, não é tão simples de ser trabalhado.

Nesse segmento, torna-se essencial para a compreensão desse conceito que se entenda que existe uma diferença entre norma e enunciado normativo. A norma pode ser expressa através de diversos enunciados normativos, sendo, portanto, a abrangência daquela mais ampla do que a destes. Isso implica em dizer que, para uma única norma, diversos enunciados normativos podem ser expressos e geralmente estes são identificados pelo uso de expressões que tragam a ideia de proibição ou de dever ser (ALEXY, 2015, p. 54-59).

Algo que comprova que o conceito de norma é maior que o de enunciados normativos é o fato de que elas podem ser expressas sem a necessidade de um enunciado normativo sendo, então, um conceito primário. Nessa perspectiva, é de extrema e fundamental importância que se busque entender o conceito de norma tal qual se apresenta (de forma primária), evitando-se que se procure seu significado através do enunciado normativo (ALEXY, 2015, p. 54-59).

Nesse ponto, Alexy (2015, p. 53) destaca que diversos autores tentam estabelecer uma diferença entre normas e enunciados normativos, mas acabam fazendo essa diferença de forma confusa. Kelsen (1999), então, teria errado ao dizer que a norma representa o sentido de uma vontade ou de um ato de vontade apresentando “elementos mentalísticos”, isto é, uma vontade expressa por alguém que determina algo que será cumprido por outra pessoa.

Em verdade, Kelsen (1999) estabeleceu que a Constituição é o pressuposto máximo de validade das demais normas jurídicas e essas normas determinarão se um ato praticado será jurídico ou antijurídico. Assim, Kelsen (1999, p. 3-8) destacou que existe um

sentido subjetivo nas normas (um ato de vontade que determina um dever ser) e um sentido objetivo que só se observa se a conduta desejada com a norma for obrigatória (válida e vigente) do ponto de vista de todos e não só de quem põe o ato, o que só ocorrerá se a Constituição atribuir legitimidade ao ato legislativo que estabeleceu a norma.

Para Alexy (2015, p. 53), o sentido de enunciado não estaria ligado a um ato de vontade, assim, desde que se desconsiderem tais “elementos mentalísticos”, trazidos por Kelsen o conceito de norma dos dois autores teria uma grande semelhança: as normas determinam sim que os indivíduos se comportem de determinada maneira.

Existe, então, a possibilidade de um enunciado normativo ser expresso através de um “enunciado deôntico” que se traduz em expressões como “permitido”, “proibido” ou “devem”. No entanto, apesar de todo enunciado normativo poder ser expresso através de um “enunciado deôntico”, nem todo enunciado normativo em princípio é expresso como um (ALEXY, 2015, p. 56-58).

Pelo que se pôde perceber Alexy (2015) e Kelsen (1999) concordam com a ligação entre norma e “dever ser”, porém Alexy (2015) não ressalta a importância da vontade por trás de uma norma, algo que Kelsen (1999) deu grande destaque.

A norma é um conceito amplo que engloba as regras e os princípios. Os princípios são vistos como mandamentos de otimização buscando a concretização de algo na maior medida do possível considerando-se sempre as possibilidades fáticas e as possibilidades jurídicas para sua concretização (ALEXY, 2015, p. 90).

As regras, por sua vez, “[...] 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” (ALEXY, 2015, p.91).

À vista disso, Alexy (2015) observa que a distinção entre regras e princípios será de ordem qualitativa e não meramente de grau, pois enquanto as regras têm um caráter de determinação em relação as condições fáticas e jurídicas os princípios têm seus parâmetros determinados pelas ocorrências do caso concreto. O autor estabeleceu então que: “Toda norma ou é uma regra ou é um princípio”. Esta é, portanto, a subdivisão das normas (ALEXY, 2015, p. 27).

Nessa perspectiva, ele destacou que tanto princípios quanto regras são tipos de norma, sendo ela um conceito mais amplo disposto da seguinte forma:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e

da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2015, p. 87).

Identifica-se, assim, em que uma norma pode ser subclassificada, isto é, em regras ou princípios; é então, necessário que se tracem mais detalhamentos acerca desses conceitos, destacando-se a importância e as peculiaridades de cada um, realizando um diálogo com o que foi estabelecido por Ronald Dworkin a respeito dos mesmos conceitos.

2.2 Distinção entre regras e princípios em Dworkin e Alexy

Revela-se importante destacar as contribuições de Ronald Dworkin para a construção da teoria de Robert Alexy na medida em que este último, em diversas passagens da sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, citou Dworkin, seja para corroborar com seu pensamento ou para refutá-lo (ALEXY, 2015).

A teoria de Dworkin foi de fundamental importância para a reaproximação entre direito e moral e a superação do juspositivismo, influenciando a argumentação jurídica e a tipologia das normas, sendo de grande influência para Alexy e sua teoria dos princípios, embora existam divergências em diversos pontos. Alexy apontou diversos defeitos na teoria de Dworkin e a partir dessas diferenças de pensamentos, construiu sua própria teoria. Nota-se que claramente a teoria dos princípios de Alexy teve influência da distinção forte ou qualitativa de Ronald Dworkin (VALE, 2006, p. 81).

A tese da distinção forte ou qualitativa, cujas maiores expressões estão nas posturas pós-positivistas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, é considerada marco teórico no estudo dos princípios tendo enfoque na interpretação constitucional (VALE, 2006, p.76). Partindo-se disso, é de extrema relevância que sejam ressaltados os pensamentos desses autores sobre o tema para que a seguir se trace algumas críticas.

Para Dworkin (2002, p. 127), casos difíceis ocorrem quando não se consegue encontrar uma regra jurídica que se encaixe com exatidão ao caso em questão, ficando o juiz em uma espécie de “limbo” por não saber exatamente como o decidir. O positivismo jurídico oferecia uma solução: o juiz poderia escolher discricionariamente que decisão tomar nesses casos, agindo como se uma das partes já tivesse o direito preexistente de ganhar aquela causa.

Dworkin (2002, p. 127) criticava esse entendimento e afirmava que “[...] tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.

Para a solução dos casos difíceis Dworkin (2002) aproximava o direito da moral e rechaçava a discricionariedade judicial para a solução desses casos. Então, seria necessário que se olhasse para além das regras, estando a solução desses casos nos princípios e nas políticas, o que nas palavras do autor:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p.36).

É exatamente nesse ponto que se embasa a natureza qualitativa ou lógica da distinção entre regras e princípios de Dworkin, pois cada tipo de norma fornece uma orientação diferente para as decisões jurídicas (VALE, 2006, p. 76-81). A importância do pensamento de Dworkin para a evolução na concepção de norma pode ser notado através do “salto” existente desde a metodologia jurídica tradicional em Bobbio (2001) e a distinção forte ou qualitativa de Ronald Dworkin (2002) ou a teoria dos princípios de Alexy (2015).

Como grande expoente da metodologia jurídica tradicional destaca-se Norberto Bobbio, que estabeleceu critérios de classificação e distinção entre normas jurídicas com base no critério formal dessas normas (sua estrutura lógica). A partir disso, Bobbio (2001) destacou as normas como proposições universais ou proposições singulares, ou ainda, através da generalidade e abstração das normas jurídicas.

As normas gerais se contrapõem às normas individuais, já as normas abstratas se contrapõem às ordens (ação singular, concreta). Nessa acepção, enquanto a generalidade garante a igualdade (pois todos deverão seguir a norma), a abstração garante a certeza (saber antecipadamente a consequência das ações) (BOBBIO, 2001).

No entanto, a metodologia jurídica tradicional não se importava em diferenciar regras e princípios de forma qualitativa. Bobbio (2003, p.81 apud FERREIRA, 2010, p.2), por exemplo, não se aprofundou muito em definir princípios, destacando-os como normas generalíssimas ou fundamentais do sistema jurídico.

O aprofundamento no conceito de princípios pode ser observado através de Esser (1990, p. 50-51 apud ÁVILA, 2001, p. 6, grifo do autor)

A definição de princípio (“*Grundsatz*”) foi elaborada por ESSER já em 1956. Para ele os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem. A distinção entre princípios e regras não seria, portanto, apenas com base no **grau de abstração e generalidade** da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais elas devem ser aplicadas: a distinção seria de “*Qualität*”. Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.

Sendo assim, os princípios apresentam grande relevância para o ordenamento jurídico, pois funcionam como vetores de interpretação e fundamentação e aplicação do Direito. Por essa abordagem se entende que a diferenciação entre regras e princípios vai além da do grau de generalidade e abstração e do fundamento de validade. O fundamento de validade determinava que enquanto as regras viriam diretamente de textos normativos os princípios viriam de deduções feitas através do Estado de Direito (ÁVILA, 2001, p.7).

Nesse sentido, existem três teses acerca da de distinção entre regras e princípios que, de forma geral, são definidas da seguinte forma: a tese da distinção débil (que adota uma distinção meramente gradual), a tese da conformidade (afirma que não há distinção entre regras e princípios existindo apenas normas de forma geral) e a tese da distinção forte ou qualitativa (estabelece diferenças bem delimitadas entre regras e princípios) (GARCÍA FIGUEROA, 1998, p. 131-132 apud VALE, 2006, p. 56).

Partindo-se do que foi discorrido até aqui, o próximo passo, para que melhor se compreenda a tese qualitativa, se encontra na análise das diferenças entre regras e princípios tanto em Dworkin quanto em Alexy. Sobre essa diferença destacam-se as palavras do próprio Dworkin (2002, p. 39), a saber:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Dito isso, as regras apresentam uma estrutura binária e são executadas de maneira disjuntiva, sendo aplicadas pelo modelo da subsunção que implica em dizer que uma regra estabelece que para um determinado fato há uma determinada consequência e essa consequência só não será observada se a regra for inválida ou se esta apresentar uma regra de exceção que exclua a aplicação da primeira sob certas circunstâncias, sendo que uma regra deve sempre enumerar todas as exceções ou será incompleta (DWORKIN, 1967, p. 25 apud

VALE, 2006, p.78).

Dworkin (2002, p.40) estabeleceu sobre os princípios que “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Dessa maneira, os princípios apenas guiam as fundamentações em um determinado sentido. Assim: “Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância” (DWORKIN, 2002, p. 42).

Ao contrário das regras, os princípios que entram em conflito não necessitam de uma cláusula de exceção ou que sejam declarados inválidos e extirpados do ordenamento jurídico para que sejam aplicados em uma decisão ou ainda que se utilizem critérios como regra mais recente, regra hierarquicamente superior ou mais específica. Pelo contrário, essa dimensão de peso determina que é necessário mensurar a força relativa de cada princípio perante o fato concreto para precisar qual deles deverá triunfar sendo que nenhum deles será excluído do ordenamento. Essa é a dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2002, p. 39-43).

Essa diferença entre princípios e regras, contudo, não é tão clara em alguns casos, ou seja, nem sempre é possível estabelecer com clareza se uma determinada norma constitui uma regra ou um princípio. Assim: “[...] às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma” (DWORKIN, 2002, p.44). Nesse sentido, faz-se relevante destacar ainda a seguinte passagem da obra de Dworkin (2002, p.45):

Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” desempenham freqüentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. Um processo mais longo de avaliação é necessário quando esses termos são omitidos do enunciado das regras.

É importante enfatizar-se que Alexy (2015, p. 90-94) concordou com Dworkin (2002) que no caso de conflito de regras se aplica a forma disjuntiva de “tudo ou nada”, e no caso de colisões entre princípios se faz necessária uma dimensão de peso que não é possível nas regras.

Então, fica óbvio que Alexy (2015) considera a distinção entre princípios e regras como sendo qualitativa (tal qual Dworkin) e não de grau. Assim: “Enquanto no conflito entre

regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica ('problema do dentro ou fora'), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem ('teorema da colisão')" (ÁVILA, 2001, p.9).

No entanto, Dworkin não enxergou nos princípios algo que Alexy destacou com bastante importância: os princípios como mandado de otimização de um determinado valor. Assim, enquanto a norma determina uma consequência jurídica a uma determinada situação, um princípio determinaria que essa situação fosse tratada de forma a garantir da melhor maneira possível que um valor fosse concretizado (COSTA, 2008, p.153).

Nesse ponto, Costa abordou uma importante distinção necessária para que se possa entender a diferença entre os pensamentos dos dois autores em questão, demonstrando que Alexy possuía uma abordagem axiológica dos princípios, enquanto que Dworkin dispunha de uma abordagem deontológica dos princípios (COSTA, 2008, p.154). Assim, destaca-se:

Embora uma distinção precisa entre *regras* e *princípios* não faça parte do senso comum dos juristas, tem-se tornado cada vez mais aceita dentro da ciência do direito atual a necessidade de estabelecer um conceito técnico de *princípio*, sendo duas as teorias mais importantes sobre o tema na atual ciência jurídica: a concepção deontológica de Ronald Dworkin e a concepção axiológica de Robert Alexy [...] Na medida em que visualiza nos princípios um mandado de otimização de valores, a teoria de Alexy pode ser chamada de *axiológica*. Na medida em que atribui aos princípios características estritamente normativas, podemos caracterizar a teoria de Dworkin como *deontológica* (COSTA, 2008, p. 154).

Nessa lógica, Alexy (2015, p. 90) estabeleceu que "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".

Já em relação as regras, não se observa essa característica de mandados de otimização, pois elas designam direitos e deveres definitivos, cumprindo-se exatamente aquilo que se exige nem mais nem menos. As regras, portanto, são fatores que impõem o que é fática e juridicamente possível, ao contrário dos princípios, pois estes dependem da realidade fática e jurídica para que se determine o peso dos princípios colidentes a fim de se estabelecer qual prevalecerá em maior grau sobre o outro (ALEXY, 2015, p.91).

Outro ponto de grande diferença entre Dworkin e Alexy está no fato de que Alexy (2015 apud VALE, 2006, p. 82) considera três teses fundamentais que escaparam a Dworkin: a tese de otimização, a lei de colisão e a lei da ponderação. Essas três teses serão abordadas mais adiante no decorrer do trabalho.

Existe uma diferença que é relevante de ser destacada: a diferença entre regras e princípios elaborada por Alexy é mais profunda que a de Dworkin, na medida em que enquanto aquele analisa critérios mais comparativos e considera fatores como a diferença quanto à colisão (tudo ou nada ou dimensão de peso), diferença quanto à obrigação que instituem (as regras instituem obrigações absolutas e os princípios obrigações *prima-facie*), este faz observações mais baseadas em critérios classificatórios (ÁVILA, 2001, p. 8-10).

Sobre os conceitos de normas e princípios trazidos por Dworkin e Alexy, Ávila (2001, p. 14-16) traça algumas observações de relevante importância: primeiramente, destaca-se que em relação ao grau de abstração anterior à interpretação, as regras muitas vezes dependem da interpretação de alguns princípios para sua aplicação e também muitas vezes os princípios dependem da complementação de regras para serem aplicados.

Em segundo lugar, critica-se o fato de se acreditar que princípios não possuem consequência normativa, na verdade essa consequência pode existir ao depender da interpretação feita sobre tal princípio, dessa forma, a interpretação pode transformar uma mesma norma em princípio ou em regra. Assim, “[...] se procede a afirmação segundo a qual tanto as regras quanto os princípios não regulam a sua própria aplicação, como acertadamente sustenta ALEXY” (ÁVILA, 2001, p.15).

A importância da interpretação sobre os princípios, para que se determine sua dimensão de peso, pode ser observada em

[...] não são os princípios que possuem uma “*dimensão de peso*”, mas às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios não dizem nada sobre o peso das razões, mas é a decisão que lhes atribui um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada “*dimensão de peso*” (“*dimension of weight*”) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer: a dimensão de peso não é um **atributo empírico** dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador (ÁVILA, 2001, p.15, grifo do autor).

Tendo em vista esse detalhe jurídico, não é possível determinar de forma robusta e absoluta que às regras sempre será aplicada a ideia de tudo ou nada, e aos princípios sempre será aplicada a dimensão de peso (esta dimensão não é algo empírico dos princípios, mas vem de um juízo valorativo do aplicador). Isso ocorre tendo em vista que existem regras ambíguas e não muito bem delimitadas (pois a vagueza não é característica exclusiva dos princípios, mas das normas em geral) e que existem princípios mais robustos (ÁVILA, 2001, p.14).

O que se pode afirmar com certeza sobre as regras é que as suas aplicações dependem menos de um ato de interpretação e que os princípios são razões *prima-facie*, ou seja, estabelecem fins, mas não determinam imediatamente a conduta a ser seguida dependendo de um maior ato institucional de aplicação, mas que essa força de distinção entre princípios e regras pode ser diminuída também com base na aplicação e interpretação (ÁVILA, 2001, p.17).

Para maior entendimento, destaca-se como deveriam ser os conceitos de regras e princípios na visão de Ávila (2001, p.21, grifo do autor):

Diante do exposto, pode-se definir os princípios como **normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.** As regras podem ser definidas como normas **que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.**

Observa-se que Ávila (2001, p. 21) teve cuidado em não generalizar os conceitos de princípios e regras, pois deu atenção ao estabelecer a importância da interpretação e dos atos institucionais e, ainda, da relação com outras normas para uma precisa conceituação dessas normas demonstrando ao mesmo tempo uma diferenciação *a priori* entre as mesmas, assim como um distanciamento desde que sob determinadas circunstâncias.

Abordados então os conceitos nesta seção e feitas as devidas comparações entre as definições de Alexy (2015) e Dworkin (2002) e as críticas traçadas por Ávila (2001), faz-se necessário dar continuidade ao nosso excursus epistemológico trabalhando-se o caráter *prima-facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras de forma mais aprofundada.

2.3 O caráter *prima-facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras

Obrigações *prima-facie* são caracterizadas pelo fato de existir a possibilidade de serem derogadas ou superadas por outros princípios que vierem a colidir com elas, isso pois, é impossível que se determine no plano abstrato uma “ordem imóvel de primazia”, isto é, que se estabeleçam previamente ordens de prioridade ou preferência sendo que não dá para saber quais serão as situações do caso concreto que exigirão a aplicação dos direitos colidentes. A

ponderação só será possível perante o caso concreto, assim, o peso dos princípios só é determinado perante as situações da vida real (ÁVILA, 2001, p. 11).

O caráter *prima-facie* existe nos princípios e ocasionalmente poderá vir a existir nas regras, embora em medidas diferentes. Princípios buscam sempre a realização plena de algo na maior medida possível, mas, para isso, considera sempre as possibilidades jurídicas e fáticas das peculiaridades do caso concreto. Assim, os princípios podem ser afastados dando espaço para que outros princípios antagônicos prevaleçam, o que é diferente nas regras, já que estas determinam que se realize exatamente o que elas comandam. No entanto, essa determinação das regras pode falhar se houver impossibilidades fáticas ou jurídicas, caso isso não ocorra, aquilo a regra prescreve deverá ser seguido (ALEXY, 2015, p. 103-104).

Alexy (2015, p. 104), ao contrário de Dworkin (2002), afirmou que nem sempre as regras terão o mesmo caráter definitivo, assim, para que esse caráter definitivo se verifique, é necessário que não haja o estabelecimento de alguma exceção. Dessa forma, nem sempre as regras serão aplicadas da maneira tudo ou nada, pois existe a possibilidade de exceção. Já os princípios sempre terão um caráter *prima-facie*, pois em si mesmos nunca serão razões definitivas, embora não constituam apenas vetores que direcionam uma decisão sem representar um fator decisivo para tal.

Esse modelo foi visto por Alexy (2015, p. 107) como sendo muito simplista. Entende-se, então, que uma cláusula de exceção para uma regra poderá sim ser aplicada em virtude de um princípio e não necessariamente de outra regra que entre em conflito com ela. É necessário, para melhor elucidação do assunto, que se destaque o seguinte trecho da obra de Alexy (2015, p. 107):

Um dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios, acima mencionados, classifica os princípios como razões para regras, e somente para regras. Se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas. A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Mas, a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas.

Alexy (2015, p. 109) abordou uma controvérsia acerca do conceito de princípios rebatendo três objeções feitas: “A primeira sustenta que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles”, em relação a essa objeção, de fato Alexy (2015, p. 110) concorda que existam princípios que de cara seriam considerados inválidos. Um exemplo dado pelo autor seria o “princípio da segregação racial”,

que seria incompatível com o Direito Constitucional Alemão, o que igualaria a resolução de um conflito entre regras (tudo ou nada), embora reconheça que isso raramente ocorra.

Em relação a isso, ele destacou que colisão entre princípios pressupõe sempre a validade dos princípios colidentes que já estariam no âmbito do ordenamento jurídico; destarte, o teorema da colisão não seria atingido com a declaração de invalidade de um princípio. A invalidade de princípios só ocorre em casos de princípios evidentemente fracos, ou seja, sob hipótese alguma prevaleceriam sobre outros princípios e isso faz com que o teorema de colisão não seja atingido (ALEXY, 2015, p. 110-111).

A segunda objeção diz “[...] existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios” (ALEXY, 2015, p.109). Princípios absolutos, ao contrário dos tratados acima, são extremamente fortes e jamais cederiam a outros durante uma colisão, por conseguinte, tais princípios não reconheceriam limites jurídicos, apenas limites fáticos, sendo assim, não seria aplicado o teorema da colisão (ALEXY, 2015, p.111).

Alexy (2015, p.111-112) entende que esse pensamento é equivocado, pois não existem princípios absolutos, mas, sim, regras absolutas baseadas em princípios, que, devido a uma grande abertura semântica, acabariam equivocadamente sendo consideradas princípios. Esse é o caso da regra da dignidade da pessoa humana, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, havendo, pois, a possibilidade de ser garantido em proporções diferentes.

A terceira objeção diz respeito ao fato de se acreditar que o conceito de princípio seria muito abrangente e, devido a isso, inaproveitável, porque englobaria qualquer interesse em que seja possível de ser colocado em um método de sopesamento. Em relação a isso, Alexy reafirmou a necessidade da amplitude do conceito de princípios, pois, ao contrário de Dworkin (2002) (que acreditava que princípios representavam apenas direitos individuais, enquanto que os coletivos eram classificados como políticas), Alexy (2015, p.109-111) não acreditava ser conveniente restringir tal conceito, por isso, a necessidade de uma amplitude que abarque indivíduos e coletividade.

Para melhor ilustração do que foi exposto no parágrafo anterior destaca-se um trecho da obra de Dworkin (2002, p. 36):

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou

assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Abordadas, então, as características dos princípios como razões *prima-facie* e das regras como, no geral, razões definitivas, assim como as objeções feitas aos conceitos de princípios por Alexy, passa-se agora a analisar os princípios enquanto mandados de otimização, algo de extrema relevância para um completo entendimento sobre suas funções perante a sociedade.

2.4 Princípios como mandados de otimização

A principal evolução da teoria dos princípios de Alexy em relação a Dworkin repousa justamente no fato de que Alexy enxergou nos princípios mandados de otimização, enquanto que Dworkin analisou apenas a dimensão de peso (VALE, 2006, p. 82).

Por mandados de otimização se entende que os princípios buscam a máxima realização de um direito, mas, para isso, sempre consideram as possibilidades fáticas dadas no caso concreto e as jurídicas dadas no conflito com outros princípios ou regras, assim sendo, os mandados de otimização são cumpridos em diferentes graus de acordo com a situação em que se encontram. Assim, princípios nunca apresentam razões definitivas para soluções de colisões ou conflitos, pois são vistos como razões *prima-facie*, como já foi tratado anteriormente (ALEXY, 2015, p. 90).

Reforçando esse entendimento, Ávila (2001, p. 10) destaca que

Daí a definição de princípios como “*deveres de otimização*” aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Abordado brevemente o conceito de mandado de otimização, e considerando-se já ter sido tratado de forma indireta anteriormente, debruça-se, então, sobre as análises de Alexy acerca dos conceitos de lei de colisão e lei do sopesamento, prosseguindo então para o estudo da proporcionalidade e suas peculiaridades.

2.5 Lei de colisão e lei do sopesamento

Como já foi discorrido, a diferença entre regras e princípios fica melhor explicitada nos conflitos entre regras e nas colisões entre princípios. A forma de solução desses conflitos é essencialmente diferente nos dois casos. As regras necessitam da declaração de invalidade de uma delas ou do estabelecimento de uma cláusula de exceção (ALEXY, 2015, p. 93).

Enquanto na declaração de invalidade não é possível existir graduação, ou seja, ou a regra é inválida ou é válida, no caso dos princípios a solução é diversa, sendo possível que um princípio ceda a outro em diversos graus possíveis no caso concreto, não sendo excluído da ordem jurídica nem declarado inválido e nem é necessária uma cláusula de exceção. É nesse ponto que surge a lei de colisão (ALEXY, 2015, p. 93).

A partir dessa mudança jurídica, Alexy (2000 apud VALE, 2006, p.85) encontrou uma solução para a colisão de princípios e só perante o caso concreto pode ser dada, pois não é possível determinar o peso dos princípios em abstrato. Essa é a chamada relação de precedência condicionada que consiste em analisar cada caso para que se determine sob quais condições um princípio deverá prevalecer sobre outro.

Nessa perspectiva, Alexy (2015, p. 99) formulou a lei de colisão:

Essa lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

Reforçando esse conceito, Alexy (2015, p. 99) destacou que a lei de colisão determina que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

É possível explicar o trecho acima de outra forma:

Explicando de outra forma, isso quer dizer que a satisfação das condições de prioridade de um princípio leva consigo a aplicação da consequência jurídica por ele estabelecida. Assim, se dadas certas circunstâncias C, o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2, e se o princípio P1 estabelece a consequência jurídica R, então vale a regra que contém C (circunstâncias do caso) como suporte fático e R como consequência jurídica estabelecida pelo princípio prevalecente. Simplificando, pode-se dizer que dado C, aplica-se R (VALE, 2006, p. 85).

Isso significa dizer que a lei de colisão corresponde à natureza dos princípios como mandados de otimização, não existindo entre os princípios relações de precedência incondicionadas, absolutas ou abstratas que determinem uma regra de prevalência de um princípio sobre outro, mas existe uma relação de precedência condicionada pelo caso concreto. “A tarefa de otimização, nesse sentido, consiste em estabelecer ditas relações de maneira correta” (ALEXY, 2000 apud VALE, 2006, p. 86).

Quanto à lei de sopesamento, entende-se que os princípios são relevantes para decisões de casos concretos onde será questionada a importância de cada um dos princípios em questão, sendo essa importância analisada pela própria lei do sopesamento, que foi determinada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e se traduz em “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p.167). Assim sendo, somente a importância de um princípio para o caso poderá justificar a não aplicação do outro.

Robert Alexy (2015, p. 594) destacou que a lei do sopesamento pode ser dividida em três passos, essenciais para a sua boa aplicação:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Ao se analisar os passos descritos acima é possível perceber uma ligação com as subcategorias presentes na máxima da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas elas serão tratadas com detalhes mais adiante.

Essa aproximação pode ser notada, considerando-se que a lei do sopesamento leva em conta “[...] enunciados sobre graus de afetação e de importância” dos princípios (ALEXY, 2015, p. 171). Esse pensamento foi confirmado por Ávila que afirmou que o modelo de ponderação toma por base a escolha do melhor meio que favoreça todos os princípios (pois a não realização de um princípio é vedada sendo a medida adotada tida como excessiva) envolvidos com base no dever de adequação e necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2001, p. 11-12).

Algumas críticas foram feitas ao modelo de sopesamento trabalhado por Alexy (2015), que logo tratou de refutá-las. Primeiramente, o autor informou que tal modelo não é generalizante e nem abstrato, pois gera um “modelo de preferências condicionadas”, ou seja: uma regra de decisão diferenciada formada perante ao caso concreto o que segue o “princípio

da concordância prática” (ALEXY, 2015, p.173).

Algumas outras críticas defendiam que o sopesamento era irracional, uma fórmula vazia, ou, ainda, só servia para decisões particulares, não sendo possível, a partir do sopesamento, que se formulasse uma regra de aplicação em colisões de princípios de forma geral. Alexy (2015, p.173-174) informou que tais pensamentos estão equivocados. O sopesamento não é irracional e nem uma fórmula vazia, pois deve ser aplicado juntamente à lei de colisão e à argumentação jurídica racional.

Em relação a servirem somente para decisões particulares, Alexy (2015) afirmou que sim, a princípio a sua função é a aplicação em casos particulares através das decisões judiciais, mas isso não significa que não seja possível a sua universalização. Nesse sentido, o autor destaca que as decisões judiciais, desde que tomadas com base na lei do sopesamento, permitem que haja conciliação entre o caso particular e sua universalidade permitindo que se formule uma regra (ALEXY, 2015, p. 174).

A partir dessa ligação entre colisão, sopesamento e proporcionalidade, faz-se relevante que se analise a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, a qual se fez referência de forma sucinta nesta seção.

2.6 Máxima da proporcionalidade

Alexy (2015, p.117) classificou a proporcionalidade em outra categoria que não princípios. Para ele a proporcionalidade deveria ser tratada como uma regra ou uma máxima. Foi traçada uma crítica à tendência de se chamar qualquer norma com um grau maior de generalidade de princípio de forma indistinta.

Ávila destacou que o que se conhece por princípio da proporcionalidade, na verdade, não é um princípio mas, sim, um “postulado normativo aplicativo”, e isso se dá devido ao fato desse postulado não poder ser extraído de um ou vários textos normativos, mas sim da estrutura das próprias normas jurídicas. No Brasil, a Constituição estabeleceu “proporções entre bens jurídicos” e juntamente com a própria essência do Direito é possível fundamentar o postulado da proporcionalidade, mas de forma direta não se pode extrair tal postulado do texto normativo constitucional (ÁVILA, 2001, p. 4).

Continuando seu pensamento, Ávila (2001, p. 4; 23-30) a tratou enquanto um “dever de proporcionalidade” e ressaltou que é muito importante que se diferencie esse dever dos princípios e das regras de forma geral. Além disso, é necessário que se acabe com a confusão feita entre o dever de proporcionalidade e outras categorias tais como a

razoabilidade, equivalência e proibição material de excesso, os quais ele ressalta: não são sinônimos de proporcionalidade, dessa forma a proporcionalidade deverá ter um “significado normativo autônomo”. Esse tema será tratado melhor mais à frente.

Costa (2008, p. 154) sintetiza o pensamento de Alexy da seguinte forma:

*O princípio da proporcionalidade não é uma norma com dimensão de peso nem um mandamento de otimização: ele é um conjunto de três critérios distintos que estabelecem requisitos objetivos de validade para os atos estatais. É por esse motivo que Alexy recusa o termo *princípio da proporcionalidade* e propõe o termo *máxima de proporcionalidade*.*

Os três critérios mencionados acima são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que serão melhor abordados mais à frente, e se limitam a responder à seguinte pergunta: “[...] os meios eleitos pelo legislador são adequados ou não para alcançar as finalidades subjacentes à lei?” (COSTA, 2008, p. 156).

Complementando-se o pensamento acima, destaca-se o seguinte pensamento de Robert Alexy (2015, p. 116-117):

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 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.

Sobre a terminologia utilizada para definir a máxima da proporcionalidade e suas categorias Costa destacou a falta de consenso entre os doutrinadores ao criarem terminologias para o assunto, sobre isso é destacado:

A terminologia utilizada para se referir a esses elementos que compõem o princípio da proporcionalidade é variável. No trecho acima, Gilmar Mendes chama esses critérios de pressupostos ou requisitos. Como veremos a seguir, Alexy os chamará de máximas. Já Canotilho se refere a eles como subprincípios constitutivos. Embora sejam diversas as terminologias, há um consenso entre esses autores em admitir que o princípio da proporcionalidade é formado pela combinação dos três elementos citados (COSTA, 2008, p.135).

Dessa maneira, fica evidenciada que a lógica dos princípios em si é que permite uma análise de proporcionalidade entre eles, o que evidencia que a proporcionalidade em si não é um princípio.

É bom destacar a importância da máxima da proporcionalidade no âmbito de um ordenamento jurídico, pois, a partir dessa máxima, deixa-se de aplicar somente a reserva legal e se passa a aplicar a o princípio da reserva legal proporcional, pois os meios eleitos pelo legislador deverão, além de serem legítimos e aptos para alcançar os fins desejados, ser também adequados e necessários (MENDES, 2001, p 3-4.).

Por tudo que foi discorrido, percebe-se que o dever de proporcionalidade não é um princípio, pois sua aplicação só é possível a partir da sua estrutura trifásica e, para isso, ao contrário dos princípios, não há necessidade de se considerar as possibilidades fáticas e jurídicas, já que seu conteúdo normativo é neutro, o que torna essa aplicação uma aplicação abstrata não possuindo peso para decisões, mas serve como uma estrutura formal de aplicação de outros princípios, isto é, “um postulado normativo aplicativo” (ÁVILA, 2001, p. 25).

2.6.1 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Para melhor deslindamento de cada um dos conceitos das categorias que compõem a máxima da proporcionalidade, destacam-se algumas definições:

Uma medida é **adequada** se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; **necessária**, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; **proporcional ou correspondente**, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos (ÁVILA, 2001, p. 27, grifo do autor).

Costa (2008, p.136) destaca o seguinte:

O primeiro subprincípio estabelece a exigência da conformidade ou adequação entre meios e fins, segundo a qual o ato deve ser apropriado para a realização das finalidades a ele subjacentes. [...] O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou necessidade, que traduz o direito do cidadão à menor restrição possível ao seu direito. [...] O terceiro subprincípio é o da justa medida ou da proporcionalidade em sentido estrito.

Tomando a obra de Alexy como parâmetro, é possível destacar alguns pontos sobre os conceitos mencionados acima. Primeiramente, sobre as máximas da adequação, entende-se que: “As máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência - contida na definição de princípio - de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas” (ALEXY, 2015, p.588).

A adequação constitui um critério negativo, pois elimina os meios não adequados, isto é, meios que não fomentam ou não realizam o alcance do resultado desejado. A

necessidade também constitui um critério negativo: “Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”, ou seja, o meio menos gravoso (ALEXY, 2015, p.590).

O autor destacou que a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, diferentemente das anteriores, está ligada diretamente às possibilidades jurídicas. Isso decorre da própria natureza dos princípios que por serem razões *prima-facies* devem ser analisados perante o caso concreto, e isso implica diretamente na lei do sopesamento, pois é necessário que se perceba que durante uma colisão de princípios antagônicos a solução terá que passar pela mínima afetação dos princípios colidentes, isto é, que jamais um princípio limite excessivamente outro. Dessa forma, caracteriza-se a ideia de proporcionalidade em si (ALEXY, 2015, p. 117).

Para melhor ilustração do que foi dito acima, destacam-se exemplos que o próprio Alexy (2015) utilizou em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

O primeiro exemplo, ligado à adequação, foi o caso de um cabeleireiro que colocou uma máquina de vender cigarros em seu estabelecimento e acabou sendo multado pelas autoridades administrativas, pois não tinha permissão para tal, descumprindo uma lei sobre o comércio no varejo. A lei exigia que se realizasse um curso profissionalizante como comerciante e se passasse por testes e demonstrasse prática na profissão para poder fazer jus à licença. O tribunal Constitucional Federal Alemão determinou que tal medida não era adequada para proteger o consumidor e violava o direito fundamental à liberdade profissional (ALEXY, 2015, p. 588-590).

Tendo por base esse fato, Alexy (2015) observou que, se a medida fosse adotada, a proteção ao consumidor não seria garantida, assim, não se fomentaria nem se alcançaria o resultado pretendido, apenas se feriria o direito ao livre exercício profissional. Deve ser respeitada, então, a “[...] ideia de eficiência de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada” (ALEXY, 2015, p. 589).

O segundo exemplo dado por Alexy (2015, p. 590-593) diz respeito à necessidade. O Ministério da Juventude, Família e Saúde proibira a venda de doces que eram feitos de arroz, mas continham chocolate em pó na composição sob a justificativa de proteção do consumidor contra equívocos. O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou a proibição adequada, pois de fato alcançava o objetivo, mas não necessária, pois uma medida menos invasiva poderia ser adotada como um aviso de identificação no rótulo.

Complementando esse pensamento, Alexy (2015, p. 591) destacou que

Nesse sentido, também a máxima da necessidade é expressão da idéia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

Um outro exemplo relatado por Alexy (2015, p. 593-595) diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito. Para isso, foi utilizado o caso da indústria do tabaco. Impor aos fabricantes que imprimissem no rótulo do produto informações sobre os malefícios do cigarro seria uma “intervenção leve” na liberdade profissional. Uma “intervenção moderada” seria a proibição da venda de cigarros em máquinas automáticas juntamente com a proibição em determinados estabelecimentos comerciais. Já uma “intervenção séria” seria a proibição total desses produtos.

Dessa maneira, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a necessidade de avisos nas embalagens de cigarros é proporcional, pois a saúde humana é um peso “forte” que justifica tranquilamente uma “intervenção leve” na liberdade de atividade profissional (ALEXY, 2015, p. 595-596).

Silva (2002, p.13) traz um exemplo muito interessante de como, em casos mais complexos, a análise de proporcionalidade não se esgota com a adequação e necessidade constatadas. É extremamente necessário que se parta para a análise da proporcionalidade em sentido estrito, pois existem casos que a medida será sim adequada, pois atingirá o fim almejado e, também será necessária, pois embora interfiram bastante em outros direitos não seriam alcançadas tão eficazmente de outra forma, mas não teriam o peso necessário para justificar tal medida.

Assim, o autor destacou que, para que se desrespeite a proporcionalidade, em sentido estrito: “[...] não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental” (SILVA, 2002, p. 20).

Sob esse fundamento, destaca-se o seguinte exemplo:

Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e

necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional [...] **Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.** (SILVA, 2002, p. 19-20, grifo nosso).

Sobre as sub-regras da máxima da proporcionalidade definidas e exemplificadas acima, é importante destacar uma observação feita por Silva (2002, p. 12) que nota que essas sub-regras correspondem a etapas que seguem uma ordem de análise em que a adequação deverá ser a primeira a ser analisada, em seguida a necessidade e, só então, a proporcionalidade em sentido estrito.

Existe, assim, uma relação de subsidiariedade entre essas três sub-regras e a razão de ser da subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras é justamente a de que se entenda e respeite essa relação. Desse modo, muitas análises de proporcionalidade podem ser concluídas com a simples constatação sobre a adequação de uma medida (SILVA, 2002, p.12-13).

2.7 Diferença entre proporcionalidade e razoabilidade

Existe não somente no Brasil, mas em diversos países, a noção de que razoabilidade e proporcionalidade são sinônimos. Muitas vezes a proporcionalidade é tratada pelos juristas como sendo o mesmo que justiça e equidade, no entanto nem todo discurso que traz a ideia de proporcionalidade corresponde ao sentido técnico-jurídico do termo da forma que foi concebido no direito alemão (SARLET, 2010, p. 396).

Sarlet (2010, p. 397) analisa o princípio da proporcionalidade (ele chama de princípio, apesar de Alexy ter definido como regra ou máxima) em dois aspectos: a proibição do excesso que determina o controle dos atos comissivos do Poder público para que não ultrapassem excessivamente sua esfera de intervenção na vida dos particulares e a proibição de insuficiência que controla os atos omissivos do poder estatal para que não atuem de forma insatisfatória na garantia de direitos. Assim sendo, existe uma “dupla face” nesse princípio que protege a sociedade de “desproporções para mais ou para menos”.

É reconhecida, também, a existência da tripla subdivisão do princípio da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A partir disso, é possível identificar que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não são

fungíveis, isto é, é sustentada a “ausência de identidade entre ambos” os princípios (SARLET, 2010, p. 397-400).

Sarlet (2010, p. 401) identifica, então, que a confusão ocorrida entre esses dois princípios se dá porque o princípio da razoabilidade equivale a proporcionalidade em sentido estrito (que é a terceira parte da aplicação da proporcionalidade). Assim, os dois conceitos buscam uma relação de importância da realização de um direito fundamental em relação à restrição de outro, mas enquanto a proporcionalidade tem que passar por uma análise trifásica a razoabilidade não precisa.

Silva (2002, p. 8-11) concorda com Sarlet (2010) ao afirmar que não há confusão entre os dois conceitos, mas caracteriza essa diferença de forma diversa. Para ele a diferença se encontra no fato de os dois conceitos não possuírem nem a mesma estrutura, nem a mesma origem e nem a mesma forma de aplicação. A proporcionalidade é um conceito estabelecido pela jurisprudência constitucional alemã e tem uma estrutura trifásica que segue uma ordem pré-definida. Já a razoabilidade corresponderia ao devido processo legal substancial.

Assim, destaca-se:

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". Barroso chama a primeira exigência -*compatibilidade entre meio e fim* - de razoabilidade interna, e a segunda - *legitimidade dos fins* -, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regrada proporcionalidade. O motivo é bastante simples: **o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...]** (BARROSO, 1998, p. 66 apud SILVA, 2002, p. 11, grifo nosso).

Pelo trecho em tela acima, percebe-se que Silva (2002) discorda de Sarlet (2010), pois enquanto o primeiro afirma existir uma identidade entre razoabilidade e adequação, o segundo afirma haver uma identidade entre razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas de qualquer forma os dois acreditam que o conceito de proporcionalidade (princípio ou regra da proporcionalidade) é mais amplo que o de razoabilidade e não devem ser aplicados como se sinônimos fossem.

Ávila (2001) traz uma nova visão sobre o dever de razoabilidade (ele chama de dever e não princípio), apesar de também não acreditar que seja sinônimo de proporcionalidade, tal qual observado pelos autores citados acima. Para ele a razoabilidade indica que “[...] as **condições pessoais e individuais** dos sujeitos envolvidos sejam

consideradas na decisão” (ÁVILA, 2001, p. 30, grifo do autor), e, assim, a razoabilidade é um conceito autônomo que implica na aplicação individual da justiça e ao contrário da proporcionalidade não estabelece uma estrutura formal de análise de colisão de direitos e de sopesamento tal qual a regra da proporcionalidade demanda.

Nas palavras de Ávila (2001, p. 30, grifo do autor), essa diferença se dá da seguinte forma:

Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a **aplicação individual da justiça**. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui **significado normativo autônomo** ao dever de razoabilidade.

Pôde-se notar, então, que embora não exista um consenso sobre o significado de razoabilidade, muitos doutrinadores concordam que ela não é sinônimo de proporcionalidade, sendo que, sobre este último conceito, embora se utilize terminologias diferentes (princípio, regra, dever ou máxima) se entende que é composto de uma estrutura que se subdivide em três partes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e tem o fim de determinar se uma medida adotada é proporcional ou não.

Analisada essa diferença entre proporcionalidade e razoabilidade, é relevante analisar se no Brasil a suprema corte vem aplicando esses conceitos de forma correta, ou se ainda há confusão entre eles.

3 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO BRASIL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil é possível identificar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a partir de diversos dispositivos constitucionais como se nota em:

Assim, de acordo com a vertente germânica, o ponto de referência é o princípio do Estado de Direito (art. 1º, CF), notadamente naquilo que veda o arbítrio, o excesso de poder, entre outros desdobramentos. Já para quem segue a orientação do direito norte-americano, a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, no que assegura um devido processo legal substantivo. No plano da legislação infraconstitucional, por sua vez, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram positivados em vários momentos, destacando-se o art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. É bom frisar, contudo, que independentemente de sua expressa previsão em textos constitucionais ou legais, o que importa é a constatação, amplamente difundida, de que a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não está excluída de qualquer matéria jurídica (SARLET, 2010, p. 396).

A partir da constatação de que a ordem constitucional brasileira abarca tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade é óbvio esperar que a jurisprudência nacional fosse tratar do assunto.

Vale corroborar o pensamento de Sarlet (2010) ao informar que o STF (Supremo Tribunal Federal) ainda não desenvolveu um pensamento jurisprudencial mais refinado capaz de abarcar de forma correta pensamentos da jurisprudência internacional, em especial alemã e espanhola, sobre a relação entre constituição, valores e direitos fundamentais, apesar de que a corte estaria caminhando para uma aproximação com essa jurisprudência (VALE, 2006, p. 203).

Silva (2002, p. 6-11) observa que o STF se refere à proporcionalidade de maneira habitual, mas aplica esse conceito de forma tecnicamente equivocada, tratando a proporcionalidade como razoabilidade e não como a regra que realmente é. Em relação a isso, ele traça uma crítica a diversos autores brasileiros, como Gilmar Mendes, que equivocadamente analisam que o princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado de forma plena pelo STF.

Silva (2002, p. 11) destaca que, em diversos casos analisados por autores da doutrina nacional, nem sequer a proporcionalidade é citada e, se é, o STF não faz análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O mais estranho é que Gilmar Mendes, por exemplo, reconhece que a regra da proporcionalidade se subdivide nessas três

subcategorias, contudo, tanto ele como outros autores insistem em dizer que a proporcionalidade vem sendo aplicada de forma correta pelo STF.

A partir dessa constatação inicial feita por Silva (2002), cumpre partir para a análise de alguns julgados do STF, pois é a partir desta análise que se torna possível perceber, de forma breve e exemplificativa, pois não se objetiva realizar uma análise jurisprudencial exaustiva, se o sistema jurídico brasileiro adotou a máxima da proporcionalidade tal qual estabelecida por Alexy (2015).

Com isso, busca-se analisar se a mais alta corte de justiça do país aplica a máxima da proporcionalidade em suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para isso, buscou-se analisar 04 (quatro) julgados do STF, que mencionam a proporcionalidade como fundamentos de suas decisões, com o objetivo de identificar se os ministros que mencionaram tal argumento souberam destrinchar e aplicar cada um dos subprincípios da máxima da proporcionalidade ou se apenas citaram a proporcionalidade de uma forma genérica confundindo-a com a razoabilidade.

Foram escolhidos julgados que tiveram grande repercussão no mundo jurídico, sendo analisados pela doutrina nacional. Ressalte-se que a intenção não é analisar se as decisões foram corretas ou equivocadas, mas sim perceber se a máxima da proporcionalidade foi aplicada em sua plenitude. Foram escolhidos os seguintes julgados: HC 76.060-4 SC, ADC 9 DF, HC 124.306 RJ e ADI-MC 855 PR.

3.1 Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy na Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2/PR

Um dos casos icônicos em que o STF se refere ao princípio da proporcionalidade é o caso da Lei 10.248/1993 do Estado do Paraná, que tornava obrigatória a pesagem de botijão de gás na frente do consumidor, disposto na seguinte ementa. *In Verbis*:

EMENTA - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR.2., 238, **além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida (BRASIL, 1993, p.01, grifo nosso).

Nesse sentido, Silva (2002, p.11-12) destaca o seguinte:

Sempre citada é a decisão liminar do STF que declarou inconstitucional a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor, instituída, no Paraná, por lei estadual. Não há como não se perguntar se os dispositivos considerados inconstitucionais - não só nessa, mas em várias outras decisões em que se recorreu à regra da proporcionalidade - foram considerados *inadequados*, *desnecessários* ou *desproporcionais em sentido estrito*. Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, *não foi aplicada a regra da proporcionalidade*. Destarte, fica também sem fundamentação a premissa menor do silogismo exposto anteriormente.

Durante a ação, o Ministro Sepúlveda Pertence utilizou como justificativa para demonstrar que a medida imposta era inconstitucional, o fato de ela ser desproporcional ou não razoável (BRASIL, 1993). Isso fica bem claro no seguinte trecho:

De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar. Eles servem, de um lado - como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da **proporcionalidade ou da razoabilidade** da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar - ao menos, provisoriamente - as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei (BRASIL, 1993, p.18, grifo nosso).

Pela leitura do trecho acima é possível notar que o Ministro Sepúlveda Pertence não detalhou como a proporcionalidade seria aplicada ao caso e nem fez distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. É possível reparar que não houve qualquer menção aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas não se descarta a possibilidade de tal análise estar implícita, principalmente se a razoabilidade tiver sido mencionada como sinônimo de adequação, pois os dois conceitos visam apreciar a conformidade entre meio e fim da medida (CAMARGO, 2005, p. 18-21).

Apesar dessa possibilidade, seria um esforço hermenêutico muito grande tentar entender o voto do ministro como tendo utilizado parte da máxima da proporcionalidade de forma implícita. O certo é que a análise não foi clara e objetiva, tratando a proporcionalidade de forma equivocada, pois além de ter sido utilizada como sinônimo de razoabilidade, não fez análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.2 Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy no Habeas Corpus 76060-4/SC

Outro caso julgado pelo STF, em que foi utilizada a proporcionalidade como fundamento para decisão foi o Habeas Corpus 76060-4/SC, cujo impetrante visava pôr fim ao constrangimento de ser obrigado a doar material genético para a realização de um exame de DNA em uma ação de investigação de paternidade (BRASIL, 1998). Trata-se do julgado correspondente a seguinte ementa:

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. (BRASIL, 1998, p.01).

Paulo Branco e Gilmar Mendes (2015, p. 230-231) afirmam que, em relação a esse caso, o STF teria aplicado corretamente o princípio da proporcionalidade. Isso é comprovado pelo seguinte trecho:

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais [e é relevante destacar ainda o seguinte trecho:] Tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como ‘regra de ponderação’ entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores.

Apesar disso, nem sequer pelos trechos do julgado destacados por Paulo Branco e Gilmar Mendes (2015) foi possível observar a análise de proporcionalidade feita aos moldes da jurisprudência alemã em seu sentido original, isto é, análises da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas, em vez disso, foi citada a proporcionalidade e a razoabilidade de forma genérica, dando a entender que seriam sinônimas. Eis parte do trecho destacado pelos autores:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço

contra a presunção de que é titular (BRASIL, 1998, p.8 apud BRANCO; MENDES, 2015, p. 231).

Em relação ao caso julgado disposto acima e a diversos outros, é possível observar que a aplicação da proporcionalidade vem sendo tratada como um dever jurídico positivo e que nem sempre ele é utilizado com o mesmo significado, pois as vezes ele é tratado como sinônimo de razoabilidade, em outras como racionalidade, ou ainda como proibição de excesso ou como sinônimo de equivalência. Isso não significa dizer que o STF não tem utilizado a proporcionalidade como fundamento nos casos corretos, muitas vezes usa, mas a fundamentação acaba por ser ambígua e não aplica a relação meio-fim que é comum da análise de proporcionalidade (ÁVILA, 2001, p. 3).

Esse erro ocorre porque, ainda hoje, se insiste em tratar a proporcionalidade como um princípio e não como uma regra, pois, tal qual já foi demonstrado anteriormente, a regra da proporcionalidade é um “postulado normativo aplicativo” assim constituindo uma espécie de instrumento para decisões em casos de colisão de princípios e não a fundamentação base para a solução (ÁVILA, 2001, p.3).

3.3 Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy na Ação Direta de Constitucionalidade 9/DF

Durante a ADC 9/DF, proposta pelo então presidente da república Fernando Henrique Cardoso, em 2001, discutiu-se se a Medida Provisória nº 2152-2 de 2001, que trazia metas de consumo de energia, devido à crise energética em que o país se encontrava, e multas para quem as ultrapassem, seria constitucional. A medida provisória em questão trazia a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia caso as metas fossem desrespeitadas (CAMARGO, 2005, p. 31).

Durante voto, o Ministro Néri da Silveira utilizou-se da proporcionalidade de forma mais sofisticada do que os exemplos analisados anteriormente. O ministro destacou o seguinte:

De fato, tem-se admitido que, em se cogitando de restrições a direitos, caiba verificar não apenas a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente estabelecida, mas também de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Escreveu, nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes: “Essa nova orientação que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a

consecução dos objetivos pretendidos (Geeinheit) e a necessidade de sua utilização (Nortwendigkeit odes Enforderlichkeit). (BRASIL, 2004, p. 92-93).

A partir do trecho em tela, percebe-se que o ministro se utilizou do conceito de máxima da proporcionalidade de forma detalhada (ao dividir em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), com base na doutrina de Gilmar Mendes, para fundamentar sua decisão. Continuando com a análise do voto do ministro, destaca-se:

[...] Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas abstratas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado [...]. Ora na hipótese parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite do consumo de energia elétrica estabelecido. A ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular, [...] do exposto, indefiro a medida cautelar (BRASIL, 2004, p. 92-93).

Por este trecho, percebe-se que a estruturação se deu de forma abstrata, pois o ministro não aplicou a máxima da proporcionalidade ao caso concreto e não analisou cada uma das suas subdivisões em busca de uma decisão, mas limitou-se a descrevê-las abstratamente e ao afirmar que a tarifa era muito alta (CAMARGO, 2005, p. 33-34).

3.4 Aplicação da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy no Habeas Corpus 124.306/RJ

Por fim, passa-se a analisar o Habeas Corpus 124.306/RJ, julgado em 2017 impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso os pacientes mantinham uma clínica de aborto e foram presos em flagrante pela prática dos crimes de aborto e formação de quadrilha. Após terem a liberdade provisória concedida e, posteriormente a prisão preventiva decretada, a defesa impetrou HC 290.341/RJ perante o STJ que não o conheceu. A partir disso, chegou-se ao HC 124.306/RJ perante o STF (BRASIL, 2017). O julgado possui a seguinte ementa. *In Verbis*:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...] A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, **bem como o princípio da proporcionalidade**. [...] 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) **ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios**. [...] (BRASIL, 2017, p.1-2, grifo nosso).

É possível observar pela ementa exposta que a Suprema Corte brasileira apresentou como fundamento da decisão a análise com base na máxima da proporcionalidade bem delineada, onde se analisaram as lógicas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de forma contextualizada com a situação do caso concreto e não de forma genérica e abstrata como já foi demonstrado anteriormente em outros julgados.

O Ministro Luís Roberto Barroso empenhou-se em utilizar a máxima da proporcionalidade tal qual Alexy (2015) preconizava durante várias passagens em seu voto. Destacam-se os seguintes trechos:

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, **a proporcionalidade divide-se em três subprincípios**: (i) o da *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde. 19. **A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões**. (BRASIL, 2017, p.8, grifo nosso).

No trecho destacado percebe-se que, além da subdivisão da máxima da proporcionalidade estar correta e seus conceitos estarem bem definidos, o ministro ainda acertou ao perceber que a proporcionalidade, por si só, não soluciona os casos que se presta analisar, mas oferece substrato lógico-racional que permite uma percepção do caminho que ensejou ao julgador tomar uma determinada decisão.

Mais adiante o ministro expõe o seguinte:

Feita esta breve introdução, e na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (*adequação*); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (*necessidade*); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (*proporcionalidade em sentido estrito*) (BRASIL, 2017, p. 12).

Nesse trecho o ministro Barroso demonstra de forma bem explicada como se dará a análise de proporcionalidade perante o caso concreto explicitando de que forma cada um dos componentes da máxima da proporcionalidade vai influenciar no seu julgamento. Partindo-se para a análise propriamente dita, o ministro chega às seguintes afirmações, primeiramente em relação ao subprincípio da adequação:

2.1. **Subprincípio da adequação.** Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal [...]. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta [...] Portanto, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto [...] (BRASIL, 2017, p.12-14, grifo nosso).

Em seguida, ele parte para análise do subprincípio da necessidade:

2.2. **Subprincípio da necessidade.** Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres [...] Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros Instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher. Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida [...] (BRASIL, 2017, p.14-15, grifo nosso).

E, finalmente, o ministro parte para a análise da proporcionalidade em sentido estrito (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito):

2.3. **Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.** Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da

criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (*e.g.*, problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização (BRASIL, 2017, p. 15-16, grifo nosso).

A partir dessas três análises proferidas a conclusão feita pelo ministro Barroso em relação ao caso é a seguinte:

[...] a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno (BRASIL, 2017, p. 17).

Por todo o exposto, nota-se que, finalmente, a Suprema Corte brasileira utilizou-se da máxima da proporcionalidade de Alexy (2015) de forma satisfatória para formulação de uma decisão tripartida, pois levou em conta todas as subdivisões da proporcionalidade para tal. Dessa maneira, resta demonstrado que houve uma evolução na aplicação da máxima da proporcionalidade pelo STF, assim, esta é plenamente cabível no sistema jurídico brasileiro.

Camargo nota que a máxima da proporcionalidade já vinha sendo aplicada pelo STF, mas de forma superficial enquanto discurso de autoridade, o que demonstrava que esse método interpretativo já era aceito por parte da doutrina, pelos ministros do STF e pela nossa Constituição, mas não era aplicada como um método elucidativo que fizesse com que as premissas defendidas através da proporcionalidade e sua aplicação aos casos fossem claras (CAMARGO, 2005, p.34).

Sobre a importância do delineamento da aplicação da máxima da proporcionalidade pelo STF é importante entender que

Assim, para que este Tribunal permaneça legítimo, respeite ao postulado da isonomia, da separação de poderes e interprete o Direito Constitucional da maneira mais adequada para a sociedade, é imprescindível que se observe atentamente sua construção jurisprudencial, **cobrando a devida coerência**. Esta, apenas por uma análise minuciosa e crítica dos acórdãos produzidos pode-se detectar. Dessa maneira, mais que um estudo a respeito da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, fica o apelo ao desenvolvimento de sentenças fundamentadas e coerentes dentro de um todo (CAMARGO, 2005, p. 79, grifo nosso).

Levando em conta que o Supremo Tribunal Federal demonstrou, no HC 124.306/RJ, mesmo que apenas recentemente, que tem pleno conhecimento e capacidade de aplicação da máxima da proporcionalidade em todas as suas subdivisões para fundamentar se uma medida é ou não proporcional; então, pode-se passar, agora, para a análise do objetivo

principal deste trabalho: se a proibição da publicidade voltada para o público infantil trazida pelo projeto de lei 5.921/2001 constitui medida constitucional com base na máxima da proporcionalidade de Robert Alexy.

4 O PROJETO DE LEI 5.921/2001 E A ANÁLISE DE SUA PROPORCIONALIDADE

4.1 O Projeto de Lei 5.921/2001 e os direitos que seriam postos em conflito caso aprovado

Primeiramente, é de fundamental importância que se destaquem alguns aspectos conceituais em relação à publicidade e propaganda, mesmo que de forma breve. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 1980, p. 3) conceitua publicidade e propaganda como:

Artigo 8º. O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade e propaganda, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias.

Já o Decreto nº 57.690, de 1 de fevereiro de 1966, conceitua propaganda como: “Art 2º Considera-se propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado” (BRASIL, 1966).

Percebe-se que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária destaca os termos publicidade e propaganda no mesmo artigo e não faz uma diferenciação muito explícita entre os dois, já o Decreto nº 57.690/1966 nem sequer usa o termo publicidade, utilizando-se do termo propaganda apenas.

Garcia (2010, p. 234-235), contudo, observa que a doutrina costuma diferenciar publicidade e propaganda sendo que publicidade estaria ligada à divulgação de produto ou serviço enquanto que a propaganda estaria ligada à propagação de ideias. O autor destaca ainda que apesar dessa diferenciação feita doutrinariamente, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) trata tais conceitos de forma sinônima.

O projeto de lei 5.921/2001 visou regular a publicidade, apesar de fazer algumas ressalvas em relação à propaganda. No entanto, o projeto acabou por, em algumas passagens, confundir os dois conceitos, considerando que usa o termo propaganda de forma indistinta de publicidade (BRASIL, 2001, p.1). Por conseguinte, a diferenciação entre os dois termos não tem tanta relevância para este trabalho.

Dito isso, verifica-se que o texto do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001 traz consigo uma gama de proibições em relação à publicidade infantil, gerando no seio da sociedade brasileira uma série de discussões concernentes ao limite do âmbito razoável de regulação por

parte do Estado, assim como os limites da atividade publicitária levando em conta a vulnerabilidade infantil (BRASIL, 2001).

Cumpre, então, serem destacadas algumas garantias que a Constituição Federal brasileira concede à criança e ao adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Observa-se que a Constituição apregoa um princípio que vem sendo adotado em diversos países pelo mundo, que é o princípio do melhor interesse do menor que pode ser entendido da seguinte forma:

Esse princípio do best interest of the child ou o melhor interesse da criança é peremptório em atribuir ao Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os interesses, com prioridade absoluta como mandamento constitucional constante do art. 227, uma construção embasada nesse princípio como dever social, moral e ético, compartilhado com a família e a sociedade e com todos os habitantes do território nacional sob sua jurisdição, como um dever de todos (BARBOSA, 2013, p. 24 apud NUCCI, 2014, p.30).

Esse princípio foi reforçado no Estatuto da Criança e do Adolescente no qual se destacam os seguintes dispositivos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. [...] Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. [...] Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...]. (BRASIL, 1990a).

No trecho destacado acima, o legislador reconheceu através de uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e das normas internacionais de direitos humanos que era necessário elevar ao máximo a validade e eficácia das normas referentes às crianças e aos adolescentes. Essa é a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2016, p. 61).

Essa doutrina representa um metaprincípio que visa orientar a sociedade, o Estado e a família, garantindo e reconhecendo todos os direitos às crianças e aos adolescentes através da imposição de deveres, reconhecendo as crianças e adolescente como “pessoas em desenvolvimento”, mas nem por isso deixando de tratar-lhes como sujeitos de direito. Assim sendo, é reconhecida a vulnerabilidade das crianças e adolescentes e objetiva-se a proteção dos mesmos e a garantia de uma vida digna. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2016, p. 62-65).

Baseado nesses direitos constitucionais da criança e do adolescente, o Deputado Luiz Carlos Hauly propôs o projeto de lei nº 5.921 de 2001. Em 19 de junho de 2013, foi apresentado substitutivo de autoria do Deputado Salvador Zimbaldi, que servirá de base para a análise (BRASIL, 2001).

O projeto havia recebido parecer positivo das seguintes comissões: Comissão de Defesa do Consumidor (CDC), em 09/07/2008; Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), em 07/10/2009 e Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), em 18/09/2013 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), permaneceu inerte e não deu seu parecer em relação ao projeto, o que ocasionou, em 16/05/2016, a transferência da competência para apreciar o projeto ao plenário da casa com base no art. 52, § 6º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. No entanto, até a finalização deste trabalho, o plenário ainda não havia apreciado o projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

No relatório do substitutivo é expresso de forma clara que ele visa proibir a publicidade ou propaganda comercial dirigida a crianças e adolescentes considerando-os seres “hipervulneráveis” aos “males” da publicidade que, entre outras coisas, seria responsável por arriscar a integridade física e psicológica de milhões de crianças, assim como, estimular comportamentos nocivos como o consumismo excessivo, a obesidade infantil e o favorecimento da violência e da delinquência infantil (BRASIL, 2001).

Nessa perspectiva, salientam-se algumas dessas proibições do projeto:

Art. 4º Considera-se, para os fins desta lei, abusiva a publicidade dirigida a crianças e adolescentes que contenha ao menos um dos seguintes elementos: I – anúncio de produto, prática ou serviço sabidamente destinado ao consumo por crianças ou adolescentes, ou que tenha algum desses grupos como seu maior público consumidor; II – linguagem infantil; III – personalidades, personagens ou qualquer outro elemento reconhecível como pertencente ao universo de produtos culturais destinados a crianças e adolescentes; IV – desenho animado ou de animação; V – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis com apelo ao

público infantil; VI – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil; VII – trilhas sonoras compostas por música infantil ou cantada por vozes de crianças; VIII – utilização de personagem, real ou animado, reconhecível como criança (BRASIL, 2001, p.10).

É importante destacar, ainda, o que traz o artigo 5º, inciso segundo do mencionado projeto de lei que afirma que esse tipo de publicidade deverá atender ao seguinte: “II – não ser veiculada em publicações, programas, sítios na internet ou qualquer outro produto midiático que seja destinado a crianças e adolescentes” (BRASIL, 2001, p. 10).

Observa-se que o projeto de lei em questão buscou de forma bem ampla restringir a publicidade voltada ao público infantil sendo bem detalhada em definir os elementos que caracterizariam a suposta abusividade, assim como as mídias em que essas publicações estariam proibidas (que contemplam inclusive a internet).

Outro artigo que se destaca é o seguinte:

Art. 6º A publicidade dirigida a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos: [...] VII – não permitir que a influência do anúncio leve a criança ou o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável; VIII – não explorar a confiança de crianças e adolescentes em seus pais, professores e outros líderes de opinião; XVII – não empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo (BRASIL, 2001).

Por este trecho destacado, reforça-se a ideia de que o projeto de lei busca a proibição e não somente a regulação da atividade. Primeiramente o projeto visa proibir que o publicitário incentive a criança a expressar qualquer tipo de insistência para que os pais comprem um determinado produto e em seguida, nota-se que a mera contratação de crianças para estrelar em um comercial passaria a ser vedada.

A partir disso, pode-se destacar que o projeto de lei põe imediatamente em choque dois direitos constitucionais: a proteção integral da criança e do adolescente e a liberdade de expressão.

O artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988) garante a livre iniciativa, mas faz ressalva que ela deve seguir aos ditames da justiça social, o que significa dizer que limitações a esse direito, assim como a qualquer outro direito, são possíveis.

A Constituição Federal também protege a liberdade de expressão declarando no artigo 5º, IX: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

Com isso, surge um conceito ainda não consensual entre a doutrina: a liberdade de

expressão comercial. Enquanto uns afirmam que “[...] a liberdade de expressão comercial não se sustenta como direito fundamental” (NEVES, 2009, p.13), é possível também observar um posicionamento contrário que leva em conta o reconhecimento de direitos fundamentais à pessoa jurídica pelo sistema jurídico brasileiro e, com isso, a liberdade de expressão comercial não pode ser atingida de forma tão limitadora sob pena de incorrer em inconstitucionalidade (ARAGÃO, 2006, p. 26).

Miragem (2014) defende que o fundamento constitucional da atividade publicitária não é a liberdade de expressão contida no art. 5º, IX da Constituição da República, mas, sim, no art. 1º, IV que trata da livre iniciativa. Desse modo, apesar de a publicidade lidar com expressão de ideias, conceitos e informações, o conceito de “liberdade de expressão publicitária” estaria equivocado. Para o autor, a liberdade de expressão estaria ligada a garantia do regime democrático de direito enquanto que a atividade publicitária estaria ligada somente ao mercado de consumo, pois só existe se ligada à venda de serviços ou produtos (MIRAGEM, 2014, p. 250-251).

Discordando do posicionamento acima, Branco e Mendes (2015, p. 171-172, grifo nosso) entendem o assunto da seguinte forma:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. **Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.** Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Os direitos fundamentais à honra e à imagem, ensejando pretensão de reparação pecuniária, também podem ser titularizados pela pessoa jurídica. O tema é objeto de Súmula do STJ, que assenta a inteligência de que também a pessoa jurídica pode ser vítima de ato hostil a sua honra objetiva. A Súmula 227/ STJ consolida o entendimento de que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX).

No mesmo sentido se posiciona Bulos (2014, p. 536-537, grifo nosso) que reconhece a tendência internacional de se atribuir os direitos fundamentais às pessoas jurídicas que com elas sejam compatíveis:

As pessoas jurídicas, do mesmo modo que as físicas, também são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais. A tendência de permitir às pessoas jurídicas o pleno gozo das liberdades públicas não é algo que se verifica somente no Brasil. A Carta Fundamental de Bonn de 23 de maio de 1949, por exemplo, prevê a possibilidade (art. 19-3). Até mesmo a Convenção Europeia de Direitos Humanos

assim se posicionou (art. 25, 1), respeitadas, logicamente, as características inerentes à espécie.

Coaduna-se, ainda, com esse entendimento o pensamento manifesto por Aragão (2006, p. 6-7, grifo nosso) que expressa:

Uma vez reconhecido que as empresas são titulares de direitos fundamentais, entre eles o de liberdade de iniciativa econômica, resta assente que têm direito à liberdade de comunicação com sua clientela potencial ou efetiva. Isso significa que o direito de fazer propaganda constitui um sub-princípio da liberdade de iniciativa econômica, um direito fundamental dele necessariamente derivado, ainda mais reforçado por não possuir aspectos apenas econômicos, mas também – e talvez principalmente – relacionados diretamente à liberdade fundamental de manifestação e comunicação de idéias e pensamentos, tanto em seu aspecto emissor (das empresas divulgarem os seus produtos, as suas qualidades, preços, etc. – artigos 5º, IX, e 220 da Constituição Federal) quanto em seu aspecto receptivo (direito dos cidadãos à informação – artigos 5º, XIV, e 220).

Fixado, então, o entendimento de que a liberdade de expressão comercial é uma realidade devido à própria lógica dos direitos fundamentais, como já foi abordado nos parágrafos anteriores, é necessário perceber como se daria a limitação desse direito, tendo em vista que não há direitos fundamentais absolutos.

Quando se fala de limitação à liberdade de expressão é importante que se destaquem limites objetivos que sirvam de parâmetro para delinear até onde esse direito pode chegar.

Nessa lógica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), através da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, tem traçado parâmetros objetivos que devem ser seguidos, podendo haver limitação ao direito de liberdade de expressão apenas se tais parâmetros forem desrespeitados (OEA, 2009).

A CIDH zela pela plena liberdade de expressão, e a prova disso é a garantia expressa de que todas as formas de discurso estão, independentemente de seu conteúdo e do grau de aceitação social e estatal, protegidas. Assim, existe uma obrigação do Estado em se manter inerte, mesmo diante da propagação de um discurso polêmico ou controverso (OEA, 2009, p.10). É relevante destacar o seguinte trecho:

De particular importância é a regra segundo a qual a liberdade de expressão deve ser garantida não só para a difusão de ideias e informações favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para a difusão daquelas que ofendem, chocam, inquietam, mostram-se ingratas ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população. Assim o exigem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais uma sociedade democrática não existe. **Nesse sentido, tem-se destacado a especial importância de proteger a liberdade de expressão “no que se refere às opiniões minoritárias, incluindo aquelas que ofendem, são chocantes ou perturbam a maioria”;** e tem-se enfatizado que as restrições à liberdade de expressão “não devem ‘perpetuar os preconceitos, nem fomentar a

intolerância”. Em igual sentido, está claro que o dever de não interferir no direito de acesso à informação de todo tipo se estende à circulação de informações, ideias e expressões que possam ou não contar com o beneplácito pessoal daqueles que representam a autoridade estatal em um dado momento (OEA, 2009, p.10, grifo nosso).

A CIDH traça como proibidos apenas os seguintes discursos: a propaganda de guerra e a apologia do ódio que constitua incitação à violência, a incitação direta e pública ao genocídio e à pornografia infantil (OEA, 2009, p. 20).

Outro direito ligado ao tema, e que seria atingido caso o projeto virasse lei, seria a livre iniciativa. Sobre a livre iniciativa destaca-se a afirmação de Barroso que observa: “No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica” (BARROSO, 2010, p. 74).

Barroso ainda destaca que a livre iniciativa funciona como promotora indireta de direitos fundamentais e que sua limitação, assim como de qualquer direito constitucional deve se dar com base na razoabilidade levando-se em conta a ponderação (BARROSO, 2010, p. 353).

Um estudo realizado em 2014 pela GO ASSOCIADOS, no Estado de São Paulo, relacionado à proibição da publicidade infantil em virtude da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que possui conteúdo extremamente parecido com o do projeto de lei nº 5.921/2001, revelou que

A produção destinada ao público infantil gera uma série de benefícios econômicos relacionados à produção e à geração de empregos, salários e tributos (Quadro 37). Os impactos diretos e indiretos do comércio de produtos infantis licenciados, por exemplo, geram cerca de R\$ 51,4 bilhões em produção na economia nacional, 1,17 bilhão de empregos, mais de R\$ 10 bilhões em salários e quase de R\$ 3,0 bilhões em tributos. Da proibição da veiculação de publicidade e comunicação mercadológica dirigida às crianças, foram estimadas grandes perdas (Quadro 38). As perdas decorrentes da Resolução podem ser elevadas, da ordem de R\$ 33,3 bilhões em produção, mais de 728 mil empregos, R\$ 6,4 bilhões em salários e R\$ 2,2 bilhões em tributos (GO ASSOCIADOS, 2014, p. 103).

A proibição da publicidade voltada para o público infantil colide diretamente com a livre iniciativa, isso devido ao fato de os produtos desse setor serem feitos para crianças e adolescentes, ou seja: eles que sentem o desejo de consumir os produtos, isto é, constituem o público-alvo. Ao se proibir que se anuncie diretamente ao público alvo de um produto há um impacto na livre iniciativa desse setor.

Com os direitos em conflito expostos passa-se a analisar a melhor forma de

resolver o conflito, buscando que nenhum deles seja extinto, mas, sim, que se alcance proporcionalidade como solução.

4.2 A constitucionalidade do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001 analisado sob a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy

Na seção anterior foram abordados alguns direitos que entrariam diretamente em conflito caso o projeto de nº 5.921 de 2001 fosse aprovado. Porém, para que a análise de constitucionalidade do projeto esteja completa, sob a ótica da máxima da proporcionalidade tal qual Robert Alexy concebeu, é necessário que se proceda com o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do mencionado projeto.

Assim, esta seção busca cumprir com objetivo principal deste trabalho que é prosseguir com o exame mencionado acima para que, enfim, se obtenha uma resposta sobre o questionamento da proibição da publicidade infantil ser proporcional ou não e, conseqüentemente, constitucional ou inconstitucional.

Pelo que já foi discorrido até aqui, sabe-se que o dever de proporcionalidade não é um princípio, já que seu conteúdo normativo é neutro, constituindo uma estrutura trifásica formal de aplicação de outros princípios, isto é, “um postulado normativo aplicativo” (ÁVILA, 2001, p. 23).

Essa estrutura tripartida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve ser seguida necessariamente nessa ordem, havendo uma relação de subsidiariedade, pois só se chega ao exame de necessidade se a medida já tiver sido considerada adequada e só se prossegue para o exame da proporcionalidade em sentido estrito se antes a medida a ser adotada já tiver sido considerada como necessária (SILVA, 2002, p. 12-13).

Relembrados tais conhecimentos, parte-se agora para a análise em si.

4.2.1 A análise da adequação do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001

Partindo-se de conceitos já trabalhados anteriormente, sabe-se que a adequação constitui um caráter negativo, já que elimina os meios não adequados, ou seja, meios que não contribuem para o alcance do resultado desejado. A adequação está ligada às possibilidades fáticas, isto é, às opções que poderão ser feitas no contexto em que ocorre o caso (ALEXY,

2015).

O Projeto de lei nº 5.921 de 2001, como pôde ser percebido, possui uma alta carga proibitiva em seu texto. Pela lógica da adequação é necessário que se analise se essa proibição trazida pelo projeto de lei seria capaz de fomentar ou de alcançar os resultados buscados, quais sejam: proteção da criança e do adolescente dos possíveis malefícios da publicidade infantil dentre eles obesidade infantil, consumismo exacerbado, a violência e delinquência infantil, exploração da inocência da criança todos expostos no relatório do projeto feito pelo deputado Salvador Zimbaldi (BRASIL, 2001, p.1-8).

Seria a proibição da publicidade infantil capaz de resolver problemas como o da obesidade entre crianças ou isso apenas afetaria o setor comercial e publicitário sem trazer resultados? Patrícia Blanco (2011, p.[?]), presidente-executiva do Instituto Palavra Aberta, afirma que

Toda proibição, além de não inibir o consumo, gera distorções econômicas e sociais, e o maior prejudicado é o consumidor, seja ele criança, adolescente ou adulto. Em vez de pensar em novas leis (e há mais de 200 projetos sobre o assunto em tramitação no Congresso), a ação eficaz é fazer com que as já existentes sejam efetivamente cumpridas, como a lei que proíbe a venda de bebidas alcoólicas para menores de 18 anos.

Por esse entendimento a criação da lei proposta não seria adequada para a solução do problema. Nessa acepção, Malozzi (2008, p. 253) nota o seguinte:

A educação para o consumo foi uma das soluções apontadas por Mônica de Sousa, diretora comercial dos Estúdios Maurício de Sousa. “Talvez falte informação para certa classe de pais para educar melhor seus filhos, o que comprar quais alimentos dar. A discussão aqui deve ser a educação da família”, analisou.

Percebe-se, assim, que problemas como obesidade infantil, consumismo exacerbado ou violência e delinquência infantil não são problemas simples que possuem um fator único (publicidade) como causa e que se eliminado será a solução milagrosa. Na verdade, são problemas muito complexos que exigem análises mais profundas e que passam pelo olhar da educação familiar como forma de solução, pois de nada adianta proibir a publicidade infantil se os hábitos familiares continuarem os mesmos ou se os pais não ensinarem aos seus filhos que nem tudo que é oferecido a eles é bom, necessário ou conveniente.

Dessa maneira, a proibição da publicidade infantil não é meio adequado para resolver tais problemas, no entanto, entende-se que a medida poderia, em algum grau,

fomentar o alcance dos resultados pretendidos pelo projeto. Tal situação (quando a medida não é capaz de alcançar os resultados pretendidos, mas somente serve para fomentá-los) é definida por Carlos Bernal Pulido como “versão fraca da adequação” e, de acordo com o autor, já é suficiente para que se passe para a análise de necessidade (BERNAL PULIDO, 2007, p. 724-727 apud MARTINS, 2015, p. 320-321).

4.2.2 A análise da necessidade do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001

Conceito também já considerado, a necessidade também constitui um critério negativo: “Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso” (ALEXY, 2015, p. 590), ou seja: o meio menos gravoso e também está ligada às possibilidades fáticas, pois somente perante o caso concreto é que é possível perceber qual meio é o menos gravoso.

Percebe-se que a medida adotada seria desnecessária por dois motivos: primeiramente o Código de Defesa do consumidor já proíbe a publicidade abusiva e enganosa e também a publicidade que se aproveite de inocência da criança sem, contudo, proibir de forma geral toda e qualquer publicidade voltada para o público infantil (BRASIL, 1990b).

É necessário destacar os seguintes dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. *Ipsis ditteis*:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (BRASIL, 1990b).

Por este trecho, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor se apresenta enquanto meio menos gravoso para inibir todo o tipo de publicidade abusiva ou enganosa voltada para qualquer público, inclusive o infantil, mas sem proibir *a priori* a veiculação de publicidade voltada para crianças e adolescente tal qual planeja fazer o projeto de lei nº 5.921 de 2001. À vista disso, a liberdade de expressão comercial não é desproporcionalmente impedida, passando a ser proibida apenas nos casos de abusividade ou de ser enganosa.

Outro fato que torna a medida desnecessária é a existência do CONAR sobre o qual se destaca:

O CONAR (Conselho de Autorregulamentação Publicitária), órgão formado por anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação, somente controla eticamente as publicidades enganosas e abusivas, não exercendo, portanto, um controle legal. Agora, diante do CDC, subsistem duas formas de controle da publicidade: o controle legal, estabelecido pelo CDC, e o controle privado, já feito pelo CONAR, ambas compatíveis entre si (GARCIA, 2010, p. 235).

Sobre o CONAR, é importante destacar, ainda, que:

A efetividade do CONAR nos casos que lhe são submetidos apoia-se no fato de que o integram às associações de todos os setores econômicos envolvidos com a atividade publicitária, no caso anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação. O rito processual previsto para exame das reclamações contra anúncios publicitários prevê inclusive a concessão de medida liminar (artigos 29 a 34 do Regimento Interno da entidade), visando à sustação da veiculação do anúncio em desacordo com o Código brasileiro de autorregulamentação publicitária. Não há dúvida sobre a importância da atividade do CONAR no controle da publicidade ilícita – enganosa e abusiva – sendo a efetividade de sua atuação decorrente da ampla representatividade das entidades representativas dos setores econômicos envolvidos na atividade publicitária (MIRAGEM, 2014, p.269).

Assim sendo, enquanto o CDC e as demais leis, que regulam a atividade publicitária têm instrumentos jurídicos ao seu dispor para se fazer cumprir a legislação, o CONAR se faz valer de vínculos obrigacionais sendo que o desrespeito de suas normas se resolve como inadimplemento (MIRAGEM, 2014, p.269). Assim sendo observa-se um sistema complementar.

Seguindo o pensamento acima, Santos observa que o CONAR possui um dos códigos mais rigorosos do mundo e que atua de forma rápida julgando os anúncios que ferem esse código utilizando de advertências, solicitação de alteração e até sustação de anúncios. As pessoas que compõem o conselho são extremamente respeitadas e conceituadas na área (SANTOS, 2008, p. 101).

Ao mesmo tempo em que o CONAR atua como guia dos rumos a serem seguidos pela atividade publicitária, é necessário destacar outra importância de sua existência: “[...] evita uma atuação governamental drástica e cobra do governo o cumprimento das leis já existentes, como a de venda de bebidas para menores de idade que, coibiria o consumo irresponsável e tiraria da publicidade a culpa por tais acontecimentos” (SANTOS, 2008, p. 101).

Santos (2008, p. 101) também aponta que o CONAR, apesar da sua eficiência,

não é tão utilizado pelos consumidores finais dos produtos, mas, sim, por outras empresas em uma dinâmica em que as empresas se “vigiam”, mas que, apesar de existirem algumas falhas, as atuações do CONAR complementadas com as normas jurídicas cogentes desempenham um papel essencial para a atividade publicitária.

Faz-se relevante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro é o que mais possui normas que restringem ou proíbem a publicidade infantil no mundo, isto é, já se encontra bem servido de regulações que visam à proteção dos direitos da criança e do adolescente:

Com relação à proteção às crianças, destaca-se que o conjunto de normas em vigor no Brasil o posiciona no mesmo nível do Reino Unido, sendo mais rígida com relação ao que é praticado nos Estados Unidos e em outros países [...]. Das 23 restrições citadas, o Brasil é o que totaliza o maior número delas (22 no total). O segundo colocado é o Reino Unido com 16 itens proibidos ou com alguma restrição (GO ASSOCIADOS, 2014, p. 88).

Pelo que foi exposto, fica clara a desnecessidade das medidas impostas caso o projeto de lei nº 5.921 de 2001 fosse aprovado. Se a medida é desnecessária, consequentemente é desproporcional, pois só se passa para a análise de proporcionalidade em sentido estrito se as duas anteriores (adequação e necessidade) tiverem sido confirmadas (SILVA, 2002, p. 12-13).

No entanto, por motivos didáticos, passa-se a analisar a proporcionalidade em sentido estrito do projeto de lei nº 5.921 de 2001.

4.2.3 A análise da proporcionalidade em sentido estrito do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001

Como já discorrido, a proporcionalidade, em sentido estrito, está ligada às possibilidades jurídicas (diferentemente da adequação e necessidade que estão ligadas às possibilidades fáticas), pois durante uma colisão de princípios antagônicos a solução terá que passar pela mínima afetação dos princípios colidentes, isto é, que jamais um princípio limite excessivamente outro, seguindo a lógica do sopesamento. Desse modo, caracteriza-se a ideia de proporcionalidade em si (ALEXY, 2015).

O projeto de lei nº 5.921 de 2001 não é proporcional em sentido estrito, pois considera que toda a publicidade voltada ao público infantil é abusiva e, assim, proíbe de início, que se veicule qualquer tipo de mensagem de cunho comercial voltada à criança e ao adolescente. Ao fazer isso, o princípio da liberdade de expressão comercial das empresas que

trabalham com produtos ou serviços voltados a esse público é totalmente fulminada em detrimento do princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

O modelo de ponderação toma por base a escolha do melhor meio que favoreça todos os princípios, pois a não realização de um princípio é vedada sendo a medida adotada tida como excessiva (ÁVILA, 2001, p. 28).

Toda vez que se destaca um direito fundamental como sendo *a priori* superior a outro, fere-se a lei de colisão e a lei do sopesamento, já trabalhadas anteriormente, tal qual estabeleceu Robert Alexy. O autor estabelece a inexistência de relação absoluta de precedência entre princípios e, assim, somente o caso concreto vai determinar se um princípio deverá se sobressair em relação ao outro (ALEXY, 2015, p. 99).

Pelo exposto, o projeto vai além de um caráter de regulamentação, que é totalmente aceitável tal qual estabelece o Código de Defesa do Consumidor, ao definir e combater às publicidades enganosas e abusivas, e passa a assumir um caráter proibitivo (BRASIL, 1990b).

Dito pois, nem toda publicidade voltada ao público infantil vai conter informação falsa, ou induzir ao erro, ser discriminatória, incitar violência, ou explorar o medo ou a superstição, ou se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, ou desrespeitar valores ambientais, ou induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança tal qual estabelece o CDC (BRASIL, 1990b).

O projeto em questão impede justamente que o caso concreto, seja levado em conta para a decisão de qual direito deverá sobressair ao outro, já que elimina a chance de a peça publicitária sequer seja analisada, pois desde o início estaria proibida, assim, não se pode verificar se houve abusividade ou se foi enganosa.

Seguindo essa linha de pensamento, destaca-se:

Desta forma, a liberdade de expressão comercial, como princípio integrante da ordem econômica, garante a faculdade das empresas se expressarem e se comunicarem através da publicidade. Isso não significa que tal garantia não deva e não, de fato, esteja sujeita a limitações e condições impostas ao seu exercício. Mas o que importa frisar, neste ponto, é o caráter de garantia constitucional que conferiu a Carta Magna de 1988 a esta prática e que a generalização de que toda a publicidade voltada à criança é abusiva é temerária (GO ASSOCIADOS, 2014, p. 98).

Além disso, a proibição *a priori* de um determinado tipo de discurso, que não se enquadre nos discursos proibidos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a saber: A propaganda de guerra e a apologia do ódio que constituam incitação à violência, a incitação direta e pública, ao genocídio e à pornografia infantil, constitui afronta direta à liberdade de

expressão (OEA, 2009, p.20).

O projeto de lei representaria um retrocesso às liberdades garantidas pela CIDH e uma afronta aos limites objetivos traçados por ela que determinam o que é um discurso proibido. Tal afronta é muito bem representada pelos seguintes dispositivos do projeto. *In Verbis*:

Art. 7º São **vedadas** e consideradas abusivas, na publicidade dirigida a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, as seguintes práticas: I – utilização de formato de merchandising, em especial em programas audiovisuais ou de áudio destinados a crianças ou a adolescentes; II – **utilização de apelo imperativo de consumo, direta ou indiretamente**; III – utilização de formato que procure gerar confusão entre publicidade e conteúdos midiáticos sem natureza publicitária; [...] VI – **utilização de expressões “somente”, “apenas”, “precinho”, “preço baixo” ou outras da mesma natureza para qualificar o preço anunciado do produto, prática ou serviço**. Art. 8º As infrações das normas desta lei ficam sujeitas às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das demais de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas contidas na legislação em vigor, tais como as previstas nos artigos 61 a 80 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: **I – advertência; II - multa, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem aplicadas conforme a capacidade econômica do infrator; III – imposição de contrapropaganda** (BRASIL, 2001, p. 12-13, grifo nosso).

Por tudo que foi visto, percebe-se que o projeto de lei em questão foi bem incisivo e amplo na busca de um caráter extremamente proibitivo. À vista disso, fica demonstrada a falta de proporcionalidade em sentido estrito do projeto de lei nº 5.921 de 2001.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy é um dos grandes expoentes da superação da visão estritamente positivista do Direito, oferecendo uma visão que considera a norma como uma estrutura maior que engloba as regras e os princípios. Tem clara influência na obra de Dworkin. Alexy considera as regras com sua característica de “tudo-ou-nada” e os princípios com uma dimensão de peso (segundo o pensamento de Dworkin), mas inovando ao considerar nos princípios uma função de “mandados de otimização”.

Essa diferença essencial entre conflito de regras e colisão de princípios demonstra que, na essência, essas normas são diferentes. No conflito entre regras existe uma afetação no plano de validade, onde ou a regra é válida e terá seus efeitos ou será inválida e expurgada do ordenamento jurídico, a não ser que se estabeleça uma exceção que permita a coexistência entre regras que em princípio seriam conflitantes (ALEXY, 2015).

Já os princípios, por serem razões *prima-facie*, dependem das possibilidades

fáticas e jurídicas para que se determine, durante uma colisão, que princípio deverá prevalecer sobre o outro. Para isso, deve ser levado em conta a lei de colisão e a lei do sopesamento que consideram, respectivamente, que inexistem relação absoluta de precedência entre princípios e que não existe precedência incondicionada ou abstrata que determinem uma regra de precedência de um princípio sobre outro (ALEXY, 2015).

A solução durante uma colisão passa pelo método da máxima da proporcionalidade, pois ele segue diretamente a linha de raciocínio da lei de colisão e da lei do sopesamento ao considerar as realidades fáticas e jurídicas através de uma análise tripartida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa análise trifásica é extremamente importante, pois busca a efetivação máxima de todos os direitos em colisão (ALEXY, 2015).

Portanto, observa-se que Robert Alexy estabeleceu uma teoria que, desde o começo, seguia uma linha de raciocínio lógica baseada no caráter *prima-fracie* dos princípios. Assim, os princípios não são absolutos devendo considerar o caso concreto para uma decisão e isso implica diretamente na lei de colisão e lei do sopesamento, que, por sua vez, implica diretamente na máxima da proporcionalidade e suas subdivisões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (ALEXY, 2015).

Os julgados do STF analisados neste trabalho demonstram que a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy vem sofrendo uma evolução na sua aplicação no decorrer dos anos de 1993 a 2017, em que, cada vez mais, se observa uma melhor sistematização em sua aplicação e um melhor entendimento de que a proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra bem estruturada de análise de sopesamento. Dessa maneira, demonstra-se que sua aplicação no sistema jurídico brasileiro vem acontecendo.

O projeto de lei nº 5.921 de 2001, ao estabelecer a proibição da publicidade voltada ao público infantil, impediu que um tipo de discurso seja proferido considerando que toda a publicidade infantil é abusiva ou enganosa. É nesse ponto que se verifica que não há margem para considerar o caso concreto, já que, logo de início, o direito à liberdade de expressão comercial ficou totalmente prejudicado para as empresas que trabalham nesse setor, ficando impedidas de anunciar seus produtos ao público-alvo final.

Além disso, a proibição desse tipo de discurso não encontra respaldo na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pois não representa uma ameaça grave a nenhum valor que justifique tal proibição *a priori*. Para se ter uma noção a Comissão Interamericana de Direitos Humanos protege inclusive o discurso ofensivo, polêmico ou controverso desde que não se encaixem nos discursos proibidos (propaganda de guerra e a apologia do ódio que

constituam incitação à violência, a incitação direta e pública ao genocídio e pornografia infantil). Assim, estão sendo feridos critérios objetivos muito bem traçados e que se coadunam com os valores democráticos (OEA, 2009).

A proibição da publicidade dirigida ao público infantil pode ser considerada segundo a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, como sendo inconstitucional, pois não respeita os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que compõem o conceito de proporcionalidade em sentido amplo, além de não se mostrar medida capaz de alcançar os resultados almejados e de existirem outros meios para impedir a publicidade abusiva e/ou enganosa, sem que se recorra à edição de uma nova lei, o que limitaria desproporcionalmente ou, até mesmo, excluiria alguns direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Liberdade de Expressão Comercial. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/06/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 4, jul. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLANCO, Patrícia. **Proibir publicidade resolve os problemas?** 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2106201108.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm>. Acesso em: 19 maio. 2017.

_____. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 57.690, de 1 de fevereiro de 1966. Aprova o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Brasília, DF, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 maio. 2017.

_____. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 maio. 2017.

_____. Projeto de Lei N. 5.921, de 2001 (da Câmara dos Deputados). Dispõe sobre a publicidade ou propaganda comercial dirigida a crianças e adolescentes, e dá outras providências. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/1119939.pdf>. Acesso em: 15 de maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 9/DF** (Tribunal Pleno). Partes: Presidente da República, Advogado-Geral da União. Relator: Min. Néri da

Silveira. Distrito Federal (DF), 23 de abril de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2/PR** (Tribunal Pleno). Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Governador do Estado do Paraná. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Paraná (PR), 01 de outubro de 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 124.306/RJ (Primeira Turma). Pacientes: EDILSON DOS SANTOS e ROSEMERE APARECIDA FERREIRA. Impetrante: JAIR LEITE PEREIRA Coator: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. Rio de Janeiro (RJ), 13 de março de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 76060-4/SC (Primeira Turma). Paciente: Arante José Monteiro Filho. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Santa Catarina (SC), 15 de maio de 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 5921/2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acesso em: 02 jul. 2017.

CAMARGO, Manuela Oliveira. **Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP Escola de Formação, 2005. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/241_Manuela%20Oliveira%20Camargo.pdf.> Acesso em: 13 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 05 de maio de 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>.> Acesso em: 19 maio 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/download.php?codigoArquivo=1>.> Acesso em: 04 mar. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista eletrônica do curso de direito – PUC Minas serro**, n. 2, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto nº 2.181/97. 6. ed. rev. ampl., e atual. Pelas Leis nºs 11.989/2009 e 12.039/2009. Niterói: Impetus, 2010.

GIL, A. C. Como classificar as pesquisas? In: _____. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. cap. 4, p.41-57.

GO ASSOCIADOS. **Impactos Econômicos da Aplicação da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)**. São Paulo, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.aba.com.br/wp-content/uploads/2014/12/Estudo-GO-Associados-MSP-10-12-14.pdf>> Acesso em: 20 maio 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensado a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3.ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, DE 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MALOZZI, Maria Fernanda. Mercado debate sobre restrições à publicidade infantil. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Publicidade infantil um polêmico projeto: 53ª** Legislatura – 2ª Sessão Legislativa, Série separatas de discursos, pareceres e projetos nº 159/2008. Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações. Brasília, DF: CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009. Disponível em: <<http://www.hauly.com.br/ps/42.pdf>> Acesso em: 19 maio. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/SP**, v. 3, n. 1 (2015). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/view/1594/showToc>. Acesso em: 03 jul. 2017.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 5, ago. 2001.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Fabiana Nogueira. Liberdade de Expressão Comercial: um direito fundamental ou apenas mais um slogan publicitário? INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO; CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 32., 2009, Curitiba. **Anais...** Curitiba, PR, 2009. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-0668-1.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da Constituição federal das crianças e dos adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão**: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ser. L/V/II, CIDH/RELE/INF. 2009. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>> Acesso em: 15 maio 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Rafael Felipe. **A eficiência do CONAR na regulamentação da publicidade de bebidas alcoólicas no Brasil**. Curitiba, 2008. Disponível em: <<http://www.rafaelfelipesantos.com.br/download/a-eficiencia-do-conar-na-regulamentacao-da-publicidade-de-bebidas-alcoolicas-no-brasil.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>> Acesso em: 05 fev. 2017.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. 2006. 286 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp131865.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2017.