

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

CONSIDERATIONS ON THE INTEGRATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY TO THE DUE PROCESS OF LAW IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONAL ORDER



Luiz Rodrigues Wambier¹

Toda ordem constitucional, independentemente de que Estado ou de qual tempo histórico se esteja tratando, fundamenta-se em princípios que, erigidos em normas constitucionais, vão desenhar um determinado tipo de Estado, norteando-lhe a conduta. O legislador constituinte dedicou-se a ampliar e clarificar a tutela das garantias processuais dos cidadãos, criando expressivo arcabouço normativo voltado a orientar jurisdicionados e operadores do Direito quanto ao desenvolvimento escorreito do processo. O princípio do devido processo legal, uma vez incorporado à Constituição, assenta-se como mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário no contexto de uma ordem democrática, isto é, em respeito aos patamares mínimos necessários dentro de um Estado Constitucional, abrigando em si todos os demais princípios constitucionais relativos ao processo. O princípio da proporcionalidade, enquanto aspecto substancial do devido processo legal, vincula os atos

¹ Advogado com intensa atuação no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Sócio do escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Professor no programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6038245889031645>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1691-1127>.

de todas as esferas do poder estatal, atuando como verdadeiro bloqueio a eventuais arbitrariedades nesse exercício e alicerçando tais atos em critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Palavras-Chave: Direito Processual na ordem Constitucional; Princípios constitucionais processuais; Devido Processo Legal; Estado de Direito; Princípio da Proporcionalidade.

Every constitutional order, regardless of which State or which historical period it is dealing with, is based on principles that, built on constitutional norms, will design a certain type of State, guiding its conduct. The constituent legislator dedicated itself to expanding and clarifying the protection of procedural guarantees for citizens, creating an expressive normative framework aimed at guiding jurisdictions and legal practitioners regarding the smooth development of the process. The principle of due process of law, once incorporated into the Constitution, is based on a commandment that guarantees citizens' access to decisions of the judicial system in the context of a democratic order, that is, in respect of the minimum levels necessary within a Constitutional State, harboring in itself all the other constitutional principles related to the process. The principle of proportionality, as a substantial aspect of due process of law, binds the acts of all spheres of state power, acting as a true block to any arbitrariness in this exercise and basing such acts on criteria of adequacy, necessity and proportionality.

Keywords: Procedural Law in the Constitutional Order; Procedural Constitutional Principles; Due Process of Law; Rule of Law; Principle of Proportionality.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual, no cumprimento de sua atribuição de disciplinar a atuação da função jurisdicional, é um composto complexo de normas jurídicas, enquadráveis em distintas categorias. Destaca-se, para o desenvolvimento deste modesto estudo, em especial, a divisão entre as normas processuais fundamentais e as normas processuais de caráter infraconstitucional.

As normas que dão regramento ao processo, previstas no CPC e na legislação processual extravagante, ganham unidade a partir da respectiva interpretação à luz da Constituição. Mas, além disso, o próprio Código, em si, deve ser visto a partir dessa ótica, porque é a Constituição, como matriz de todo o sistema, que orienta o dever-ser do processo.

Paulo Bonavides (2004) ensinava que vários princípios da Constituição vinculam, em nosso País, os dois ramos do processo – o civil e o penal – ao Direito Constitucional. Com o Direito Judiciário Civil, esse vínculo se declara na concessão, pelo Poder Público, de assistência judiciária aos necessitados (art. 5.º, LXXIV), na garantia do mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo (art. 5.º, LXIX), no direito de petição aos Poderes Públicos contra abusos de autoridades (art. 5.º, XXXIV, a) e no chamado direito de ação popular em defesa do patrimônio de entidades públicas contra atos que lhe sejam lesivos (art. 5.º, LXXII).

Em seu sentir, esse movimento doutrinário de “publicização” do processo estreitou de tal forma os laços entre o Direito Constitucional e o Direito Processual que resvalou para a criação da disciplina do Direito Processual Constitucional (BONAVIDES, 2004).

A relação do Direito Processual com o Direito Constitucional ganha especial relevância justamente porque o primeiro regula o exercício de uma das funções do poder estatal, que é a atividade jurisdicional.

Tal diretriz está expressa logo no art. 1.º do CPC/15, que dispõe que “o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Essa previsão sofreu algumas críticas, no sentido de afigurar-se desnecessária a norma infraconstitucional que retrate aquilo que já decorre da própria força normativa da Constituição. De todo modo, acredito que essa explicitação, logo no primeiro dispositivo legal do Código, cumpre bem sua função didática, de lembrar ao intérprete que a leitura das normas ali contidas não pode ser dissociada dos preceitos e valores constitucionais.

Nelson Nery Jr. (2016) aponta a existência de diferentes correntes doutrinárias relativamente à submissão do direito infraconstitucional à Constituição, como a ideia de constitucionalização do

direito privado ou de eficácia civil dos direitos fundamentais, de modo que, para o autor, é autorizado afirmar haver uma “eficácia processual dos direitos fundamentais” (NERY JR., 2016).

O legislador do CPC/15, diferentemente do que fazia o Código anterior, optou por sistematizar as normas fundamentais do processo. Embora não seja a localização topográfica da norma que determina a sua natureza, mas, sim, seu objeto e sua função, o legislador dedicou os primeiros artigos do Código às normas fundamentais do processo. Não significa que não haja previsão de direitos fundamentais judiciais e garantias fundamentais do processo em outra localidade do Código, como se verifica relativamente ao próprio dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 489, § 1.º, do CPC.

A Constituição tutela o processo, assegurando o adequado exercício da atividade jurisdicional, de diferentes maneiras. As primeiras delas são estruturais, porque dizem respeito à separação dos poderes estatais, distribuição de competência legislativa (quem pode legislar sobre processo e quem pode legislar sobre procedimento), estrutura do Judiciário, a partir dos seus diferentes órgãos, e distribuição de competências entre esses, além das próprias normas de direito processual em si, na medida em que tratam do regramento da atividade jurisdicional.

Há, ainda, as normas constitucionais que estabelecem garantias institucionais e funcionais aos órgãos e membros do Poder Judiciário.

E temos as normas que definem princípios que constituem garantias fundamentais do processo, muitas delas previstas ao longo dos incisos do art. 5.º da CF. Estabelecer essa diferença não constitui mera abstração teórica, porque a violação de algum desses princípios pode invocar a interposição de recurso especial ou extraordinário, conforme se trate de previsão constitucional ou infraconstitucional.

Os princípios fundamentais, assim como todo princípio, contêm um campo de incidência que se pode afirmar ser ilimitado. Tais princípios dão alicerce ao sistema normativo infraconstitucional, orientando todo o ordenamento jurídico.

Gilmar Mendes (2012) destaca o papel fundamental que os direitos e garantias constitucionais processuais exercem na concretização do Estado de Direito. Com base na doutrina alemã, assevera que “a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial da realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica”. Significa que a eficácia dos direitos fundamentais, que conferem e ao mesmo tempo limitam o poder do Estado, exige a independência judicial e processos que se desenvolvam em escorreita atenção aos direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, afirma o autor, “o princípio da dignidade humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”.

Toda ordem constitucional, independentemente de que Estado ou de qual tempo histórico se esteja tratando, fundamenta-se em princípios que, erigidos em normas constitucionais, vão desenhar um determinado tipo de Estado, norteando-lhe a conduta.

Para Paulo Bonavides (2004), "fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes". E acrescenta o autor que os princípios constitucionais "são qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição".

Em seu sentir, "essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época". As decisões desses tribunais, para esse autor, "marcam e balizam a trajetória de jurisdicação cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios" (BONAVIDES, 2004).

O tratamento e a força dos princípios sofreram grande transformação ao longo do tempo. E essa transformação, segundo leciona Paulo Bonavides (2004), deveu-se "ao caráter e lugar de sua normatividade", pois, se antes os princípios eram tutelados somente nos Códigos, como "fontes de mero teor supletório", ao receberem tratamento constitucional, convertem-se "em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais".

Mas, se o caráter subsidiário dos princípios, imbuído pela corrente positivista, já está superado, de modo que a normatividade, a vinculatividade e a eficácia dos princípios constitucionais restam amplamente reconhecidas, sendo eles as "normas-chaves" do nosso sistema jurídico, tal como afirma Paulo Bonavides (2004), por qual razão o legislador do CPC/15 optou por explicitar no texto positivado infraconstitucional princípios fundamentais do processo que já constam na própria Constituição Federal?

Retomo o raciocínio empregado relativamente à previsão do art. 1.º do CPC. Trata-se, na verdade, de estratégia legislativa com finalidade pedagógica, buscando-se também, a partir disso, conferir maior concretude e aprofundamento às garantias processuais de força constitucional.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O debate acerca da necessidade de uma via segura mediante a qual os cidadãos possam requisitar

ao Estado a solução de seus conflitos de interesses é bastante antiga.

Há, entretanto, o consenso entre os doutrinadores de que a primeira aparição que se pode comprovar do princípio do devido processo legal remonta a 1215, na Charta Magna Libertatum, em que o Rei João da Inglaterra, denominado "João Sem Terra", compelido a pactuar com as reivindicações crescentes de seus barões, outorga uma primeira carta de direitos, que expressava o resultado e a resposta a esses requerimentos.

As modernas constituições nascem a partir da referida carta constitucional, muito embora essa se tratasse do produto do consenso entre o monarca e os barões em revolta. Ainda assim, a Charta Magna Libertatum é bastante significativa para a construção do direito constitucional contemporâneo, especialmente no tocante ao reconhecimento de alguns dos direitos da pessoa humana.

No que interessa ao devido processo legal, o monarca se comprometeu a atuar em conformidade com os limites da *law of the land*, o que significou um empecilho à atuação de acordo com sua livre vontade. Ou seja, a referida lei marcou decisivamente na definição do direito do homem de ser submetido, em qualquer conflito de interesses do qual seja parte, aos procedimentos de um processo justo, na forma da lei.

No âmbito do direito brasileiro, o princípio do devido processo legal foi primeiramente positivado no texto constitucional, de maneira expressa, na Constituição de 1946, art. 141, § 4.º, que dizia que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Muito embora possa parecer explícita somente a previsão à garantia do controle jurisdicional, é certo que dela naturalmente decorre o devido processo legal. É que não há como se cogitar da garantia do direito ao controle jurisdicional dos atos sem que isso se realize por meio de via apropriada, adequadamente prevista em lei.

A afirmação de que a garantia do devido processo legal somente foi explicitada em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1946, todavia, não significa que já não houvesse, antes disso, a previsão de outras garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão, culminassem para a adoção da garantia substancial do devido processo legal.

Cito como exemplo o art. 179 da Constituição Imperial de 1824, cujo inciso XI determinava que "ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta".

A Constituição de 1891, já no período republicano, não operou grandes inovações em matéria de controle judicial dos atos, garantindo a legalidade e

anterioridade das leis, a ampla defesa nos processos da esfera penal e a vedação aos foros especiais.

Já, a Constituição de 1934, em seu art. 113, inciso 26, constou que “ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na fôrma por ella prescripta”.

Na Era Vargas, o texto constitucional de 1937 continha, no art. 122, item 11, disposições atinentes ao âmbito criminal que, lidas sistematicamente, em conjunto com o art. 123, autorizam a conclusão de que, naquele tempo, já despontava a garantia do devido processo legal.

Já, sob a égide da Constituição de 1988, o devido processo legal recebeu expressivo tratamento normativo. Além do brocardo expresso no art. 5.º, LIV, (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), a CF/88 contém uma série de outras garantias intimamente ligadas ao princípio do devido processo legal, entre elas a inafastabilidade e universalidade da tutela jurisdicional, o juiz natural, a ampla defesa e o contraditório, a publicidade, a proibição de provas ilícitas.

É evidente, portanto, a profunda atenção dedicada pelo legislador constituinte, no sentido de ampliar e clarificar a tutela das garantias processuais dos cidadãos, criando expressivo arcabouço normativo voltado a orientar jurisdicionados e operadores do Direito quanto ao desenvolvimento escorreito do processo.

2 O DUE PROCESS OF LAW COMO POSTULADO FUNDAMENTAL DO SISTEMA PROCESSUAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL

O princípio do devido processo legal se consolidou como axioma do sistema processual no Estado de Direito, estando previsto no art. 5.º, LIV, da CF, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tendo recebido guarida em constituições liberais-democráticas de todo o mundo, o princípio do devido processo legal foi objeto de estudo de diferentes doutrinadores, a partir de diversas fontes e de distintos posicionamentos filosóficos e ideológicos.

John Rawls insere o princípio do devido processo legal entre aqueles que garantem a existência do Estado de Direito, enquanto Piero Calamandrei o coloca no campo dos próprios direitos fundamentais, reconhecidos a todas as pessoas.

Gilmar Mendes (2019) ensina que a garantia do devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana cumprem “função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo”. A escolha do vocábulo “subsidiária” justifica-se na medida em que o devido processo legal

e o princípio da dignidade da pessoa humana conferem sustentáculo à realização de todas as demais garantias de ordem processual.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. (2016) sustenta que a adoção constitucional do devido processo legal constituiria medida suficiente para garantir aos jurisdicionados “o direito a um processo e a uma sentença justa”. No seu entender, o devido processo legal “é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.

Também Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2020) entendem a garantia do devido processo legal como um “sistema de limitações ao exercício do poder”, por meio da criação de barreiras intransponíveis na prática dos atos estatais, cujo avanço resvala para a violação do próprio regime democrático.

Em seu aspecto substancial, no sentir dos autores, o devido processo legal garante a razoabilidade e a racionalidade dos atos praticados no exercício do poder, critérios esses aplicáveis inclusive à atividade legislativa. Significa que não basta tratar o devido processo legal como o direito a um processo justo pré-definido em lei, mas considerar, sobretudo, que a própria atividade legislativa deve se desenvolver a partir de um processo igualmente justo.

Nesse contexto, sustentam que o princípio do devido processo legal “constitui um núcleo de convergência e uma condensação metodológica de todos os princípios constitucionais”, de tal modo que a doutrina o qualifica como “cláusula organizatória (organizatória do sistema constitucional de princípios e garantias)”, pois a observância do devido processo legal culmina para o respeito a todas as demais garantias constitucionais do processo.

O princípio do devido processo legal, portanto, uma vez incorporado à Constituição, assenta-se como mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário no contexto de uma ordem democrática, isto é, em respeito aos patamares mínimos necessários dentro de um Estado Constitucional, tais como a realização do julgamento por um juiz natural, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, a assistência judiciária aos que não disponham dos meios necessários para custear a movimentação da máquina judiciária, o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, entre outros, de igual importância.

Consiste no direito conferido ao cidadão de buscar a solução para os conflitos de interesses em que esteja envolvido perante o Poder Judiciário, a partir de mecanismos jurídicos previamente definidos na lei.

Significa que toda ingerência na liberdade, nas relações e no patrimônio de um indivíduo deve decorrer

de uma decisão proferida no bojo de um processo que haja tramitado de acordo com os ditames da lei vigente.

Esse aspecto do devido processo legal está também previsto no inciso II do art. 5.º, conforme o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Há uma segunda acepção do devido processo legal, consistente no dever de atuação jurisdicional em conformidade com os valores constitucionais tanto de direito material quanto processual.

E a terceira dimensão desse princípio está diretamente relacionada com o princípio da proporcionalidade. Significa, em última análise, que o julgador deve decidir com amparo na lei, mas sempre ponderando os valores envolvidos e adotando soluções compatíveis com a ordem constitucional.

3 A INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

O devido processo legal, segundo autorizada doutrina, consiste no princípio matriz da ordem constitucional, sob o aspecto processual, abrigando em si os demais princípios constitucionais relativos ao processo. Haveria, então, profunda relação do devido processo legal com todas essas garantias.

Mas a escolha de tratar dessa integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal está na importância de refletirmos sobre como e por qual razão eles se relacionam de tal modo que a doutrina compreende o princípio da proporcionalidade como o sendo próprio aspecto substancial do devido processo legal.

Há, entre os doutrinadores, quem intitule o princípio da proporcionalidade de "princípio dos princípios", por tratar-se de um método que orienta o operador do direito também quando estiver diante de conflito entre princípios jurídicos. A proporcionalidade se afigura como o princípio da proibição do excesso e decorre da exigência de um processo razoável, que, por sua vez, decorre do princípio do devido processo legal.

Há um acórdão do STF, lavrado pelo Ministro Gilmar Mendes (2012), relativo a um pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, dado o não pagamento de valor requisitado em precatório que envolvia prestação de natureza alimentícia, em que o Ministro destacou que "o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental".

Embora se esteja aqui tratando mais especificadamente do processo judicial, oportuno destacar que o princípio da proporcionalidade vincula todos os atos do Poder Público: legislativo, administrativo e judiciário.

Sob a égide do CPC/15, o princípio da proporcionalidade ganhou contornos infraconstitucionais nos arts. 8.º e 489, § 2º. O escopo do legislador foi o de conferir reforço à vinculação do princípio da proporcionalidade aos magistrados no exercício da atividade interpretativa.

Ainda que o princípio da proporcionalidade encontre maior expressividade na atividade interpretativa, aplica-se também a situações concretas de antagonismo entre bens jurídicos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2020) entendem a proporcionalidade como sendo o "justo equilíbrio" entre os resultados pretendidos e os meios investidos. Exemplo clássico em que se pode mais facilmente vislumbrar esse justo equilíbrio é o da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, na qual cumpre ao magistrado estabelecê-la em um patamar pautado na razoabilidade e na proporcionalidade entre o dano comprovado e o valor arbitrado.

Há um acórdão do STJ cuja ressalva de entendimento externada pelo Min. Raul Araújo retrata bastante bem essa adequada relação entre os meios empregados e as finalidades pretendidas indicadas pelos autores como representativa do princípio da proporcionalidade no âmbito processual. Trata-se de um agravo interno no agravo em recurso especial, que foi negado por unanimidade porque a guia de recolhimento do preparo do recurso especial foi preenchida com o número incorreto do processo no Tribunal de origem. Para o STJ, segundo a jurisprudência da Corte Especial, essa prática inviabiliza a identificação e o controle do pagamento e da regularidade do preparo.

Aplicando-se a jurisprudência do STJ, a Quarta Turma consignou a impossibilidade de concessão de prazo para a regularização do preparo do recurso especial, muito embora o art. 1.029, § 3.º, do CPC/15, estabeleça que o STF ou o STJ podem desconsiderar vício formal do recurso ou determinar sua correção, desde que o recurso seja tempestivo e que não se trate de vício grave.

Apesar disso, o Relator, Min. Raul Araújo, ressaltou seu entendimento pessoal acerca do tema, citando trecho da manifestação apresentada no julgamento da PET no AREsp 354.299/SP, em que destacou o seguinte:

O mero preenchimento incorreto da guia de recolhimento do preparo não pode implicar deserção do recurso. Isso porque, segundo precedentes, deve-se, no caso, mitigar o rigor formal, prestigiando-se os princípios processuais da finalidade e da instrumentalidade da forma, tendo em foco a efetividade da prestação jurisdicional, para que não se violem o princípio constitucional do devido processo

legal e seus consectários, inclusive em sua dimensão substantiva de razoabilidade e proporcionalidade.

Paulo Bonavides (2004) entende a proporcionalidade como um princípio cuja compreensão substancial se afigura mais simples do que sua própria definição. Com base na doutrina alemã, destaca haver, em relação ao princípio da proporcionalidade, a necessidade de compreendê-lo sob suas dimensões ampla e restrita. A primeira acepção diz respeito à proporcionalidade como regra fundamental que vincula tanto aqueles que exercem o poder quanto aos que a ele estão submetidos. Em sentido mais estrito, a proporcionalidade se refere à já mencionada relação de equilíbrio entre a finalidade perseguida e os meios empregados para essa concretização.

Trata-se, portanto, de um critério de adequação entre os fins e os meios, "confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso". Mas pode haver, no entender do autor, a partir da doutrina de Braibant, certa insuficiência teórica nessa binariedade, de modo a inserir-se nessa relação um terceiro elemento, a saber, a "situação de fato".

A doutrina nacional e estrangeira aponta o desdobramento do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: pertinência ou aptidão, necessidade e proporcionalidade stricto sensu.

O primeiro subprincípio, também chamado, pela doutrina, de adequação, diz respeito à relação prática e concreta entre a medida despendida e a finalidade almejada.

Humberto Ávila (2018) trata do subprincípio da aptidão a partir de outras três perspectivas: a abstração ou concretude, a generalidade ou particularidade e a antecedência ou posteridade. Sob a primeira acepção, verifica-se se o meio empregado deve ser adequado a potencialmente alcançar o objetivo desejado, compreensão essa que se situa no campo da abstração, ou se o princípio da proporcionalidade, dentro dessa primeira dimensão, prescreve que a medida somente será adequada se a finalidade, no plano empírico, for efetivamente alcançada.

Pela generalidade ou particularidade, pode-se conjecturar se a medida deve ser adequada num plano de generalidade, isto é, se, de maneira geral, determinado meio é adequado à prossecução daquele determinado fim; ou, ainda, se a exigência de adequação deve necessariamente ser averiguada sob as lentes do caso concreto.

A terceira acepção, a saber, da antecedência ou posteridade, conduz à reflexão acerca da necessidade de a medida ser apta à realização do fim pretendido no instante em que perfilhada, de modo que posterior inadequação da medida não lhe afeta a validade ou, por outro lado, se a medida cuja inaptidão

apenas se puder verificar subsequentemente deverá ser anulada.

Humberto Ávila (2018) reconhece a intensa dificuldade de se estabelecer um parâmetro único, inexorável e concreto para aferir-se o significado substancial de adequação da medida, dada a complexidade e mutabilidade no que se refere à atuação das instâncias do Poder Público. De forma sistemática, conclui ser autorizado afirmar que, a depender do grau de generalidade ou individualidade do caso concreto, a medida poderá exigir uma adequação mais ou menos singular e específica, de modo que, em qualquer dos casos, o critério da aptidão deve ser avaliado no momento da escolha da medida pelo Poder Público.

O segundo subprincípio em que se desdobra o princípio da proporcionalidade enlaça a admissibilidade da medida à sua necessidade. Ou seja, a medida deve ser empregada nos exatos limites do que for necessário à concretização da finalidade desejada.

Esse subprincípio se desenrola para o postulado segundo o qual a medida eleita para a realização dos fins pretendidos deve ser "aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*)".

Importa, para a efetivação desse subprincípio, garantir que os meios disponíveis para escolha estejam em posição de igualdade no que se refere à aptidão para concretamente levar à realização do objetivo almejado.

Nesse sentido, há um julgado do STJ, de relatoria da Min. Regina Helena Costa, tendo sido relator para o acórdão o Min. Gurgel de Faria, envolvendo a aplicação dos parâmetros da proporcionalidade da pena aplicada em um processo administrativo. Em seu voto, o Min. Gurgel de Faria destacou a adequação, no caso concreto, da pena de aposentadoria compulsória à magistrada que determinou a busca e apreensão de armas que supostamente estariam em poder de um morador do condomínio no qual residia, sem a provocação das autoridades competentes, tendo, ainda, conduzido pessoalmente a diligência e dado voz de prisão à funcionária que trabalhava na residência.

A Primeira Turma, por maioria, entendeu que o ato da magistrada teria se caracterizado como prática de conduta gravíssima, de modo que não haveria possibilidade de aplicação de sanção menos gravosa. O leque de outras medidas menos gravosas, no caso relatado, no entender do Tribunal, não se configuraria adequado ao alcance da finalidade esperada, de modo que a sanção aplicada seria proporcional à conduta praticada.

O critério de concretização da proporcionalidade consistente na necessidade se afigura como o "direito à menor desvantagem possível", o que significa a escolha da medida menos gravosa,

porém, igualmente eficaz à prossecução dos fins determinados.

A proporcionalidade *stricto sensu* é o terceiro subprincípio esculpido na proporcionalidade amplamente considerada. Nas palavras de Paulo Bonavides, significa a imposição de que a escolha recaia "sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo".

Trata-se, em última análise, do equacionamento das vantagens e desvantagens da concretização da finalidade almejada e das medidas que para tanto serão utilizadas.

Nesse sentido, a proporcionalidade, em sentido estrito, tem caráter dúplice, na medida em que prescreve uma obrigação e uma vedação. De um lado, impõe o dever de utilização das providências apropriadas ao conjunto de interesses de que se esteja tratando e, de outro, implica a vedação ao uso de providências desproporcionadas.

No referido acórdão do STJ, o Min. Gurgel de Faria conceituou a proporcionalidade em sentido estrito como sendo a "relação custo-benefício", no sentido de verificar-se se a medida a se utilizar não exaure bem jurídico que reclama maior proteção da ordem jurídica do que aquele que com o seu emprego se busca preservar.

A concretização do princípio da proporcionalidade, enquanto aspecto substantivo do devido processo legal, culmina para um processo escorado em princípios da justiça, a partir da vedação ao excesso e alicerçando os atos do Poder Público nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Diante deste brevíssimo estudo, centrado na integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal no contexto da ordem constitucional, penso ser autorizada algumas conclusões. Exponho-as, por razões metodológicas, de maneira sistematizada:

1. As normas processuais previstas na legislação infraconstitucional ganham unidade e interpretação à luz da Constituição, que orienta o "dever-ser" de todo o sistema processual;

2. O reforço à supremacia da Constituição Federal no art. 1.º do CPC, assim como todas as demais previsões acerca de garantias processuais já constitucionalmente tuteladas, derivam de uma opção legislativa com finalidade pedagógica, buscando-se, a partir disso, conferir a essas garantias maior aprofundamento e solidificação;

3. Os princípios fundamentais dão alicerce ao sistema normativo infraconstitucional, orientando todo o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as

garantias constitucionais processuais exercem papel essencial na concretização do Estado de Direito;

4. O legislador constituinte dedicou à tutela das garantias processuais profunda atenção, criando expressivo arcabouço normativo dedicado a orientar jurisdicionados e operadores do Direito acerca do desenvolvimento escorreito do processo;

5. O princípio do devido processo legal se consolidou como postulado fundamental do sistema processual dentro da ordem constitucional, de modo que não há como se cogitar do Estado de Direito sem que haja a garantia do devido processo legal. Tamanha a sua importância no cumprimento dessa função, que há doutrinadores que consideram que apenas a adoção constitucional do devido processo legal bastaria para garantir aos jurisdicionados e aos cidadãos o direito a processos judiciais e legislativos pautados em princípios de justiça e afinados com o sistema democrático. O devido processo legal abriga em si todas as demais garantias de ordem processual;

6. A integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal na ordem constitucional reside na circunstância de que o primeiro se consolida como o próprio aspecto substantivo do segundo. A proporcionalidade, com seus vários desdobramentos, vincula os atos de todas as esferas do poder estatal e age como verdadeiro bloqueio a eventuais arbitrariedades nesse exercício, alicerçando-os em critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Paulo Bonavides (2004) afirma, com absoluto acerto, que o princípio da proporcionalidade (ou devido processo legal substantivo) é "axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito", na medida em que constitui um obstáculo à atuação ilimitada do poder estatal e atua como garantidor da realização concreta dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos

Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*. Revista de Processo, São Paulo, v. 47, p. 43-91, jul./set. 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal, Revista de Processo, São Paulo, v. 63, p. 54-63, jul./set. 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 1. 19. ed. São Paulo Thomson Reuters, 2020.