

Revista Jurídica

VERBA LEGIS

2013

RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E SANÇÃO ELEITORAL

Raphael Perissé Rodrigues Barbosa¹

As cortes eleitorais, seguindo a trilha do Tribunal Superior Eleitoral², vêm, com considerável regularidade, valendo-se dos princípios³ da razoabilidade e⁴ da proporcionalidade como fundamento para aquilatar a validade de sanções aplicadas em decorrência de violação a preceitos da legislação eleitoral.

O que se pretende neste ensaio é avaliar como os tribunais têm se valido desses princípios, promovendo um cotejo da prática com sua estruturação ontológica e potencialidades, na forma preconizada pela doutrina que mais analisou o tema.

Cediço que, há mais de duas décadas, o Direito deixou de ser tão-somente uma atividade subsuntiva. O vetusto silogismo a que corresponderia a atividade judicial, onde a norma figurava como premissa maior, o fato como premissa menor, e a decisão judicial a síntese, não é mais a única forma pela qual opera o ordenamento jurídico, assim como pertence ao passado o magistrado preconizado por MONTESQUIEU “os

juízes da nação [...] são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”⁵.

A década de noventa assistiu, no plano do constitucionalismo, à ascensão da teoria crítica do direito, que abandona o positivismo jurídico, trazendo como corolário a mudança da forma de ver a Constituição, que, como salienta BARROSO, “*passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central*”⁶ e, notadamente, os princípios, que abandonam a categoria de normas programáticas, passando a ser-lhes reconhecida normatividade, acrescentando ainda que “*os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. (...) dão unidade e harmonia ao sistema, integrado suas diferentes partes e atenuando tensões normativas*”⁷.

Percebe-se então nítida preocupação em não apenas aplicar o ordenamento posto, mas verificar a qualidade das normas produzidas, compreendendo-se que o Direito não pode se dissociar do ideário de justiça, como, aliás, preconizado pelo art. 3º, I, do próprio texto constitucional. Nesse contexto, a proporcionalidade é ferramenta apta a dar concretude ao propósito, como salienta SIQUEIRA CASTRO “*A idéia da proporcionalidade persegue, assim, a justa*

1 Procurador Regional Eleitoral em Goiás e Procurador da República.

2 A pesquisa no DJE do TSE, apenas no período compreendido entre o dia 01.03.2012 e 01.03.2013, buscando os vocábulos “proporcionalidade” e “razoabilidade” aponta 245 ocorrências.

3 A despeito da funda controvérsia quanto à sua natureza jurídica, se princípio, postulado ou dever, será empregada a terminologia utilizada pelos tribunais, que em nada prejudica a compreensão do tema.

4 Embora a doutrina majoritária critique a fungibilidade que se empresta aos termos, serão utilizados como sinônimos fossem, por assim serem tratados pela jurisprudência.

5 MONTESQUIEU. O espírito das leis, SP: Saraiva, 1987, p. 176.

6 BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional. RJ: Renovar, 2008, p. 30.

7 Idem.

e equânime distribuição de ônus e encargos, e também de bônus e vantagens.”⁸.

Imprescindível, contudo, que se tenha em mente que a aplicação da proporcionalidade não funciona de forma monolítica. Como destaca a maior parte da doutrina, o juízo de proporcionalidade passa pelo *check* dos subprincípios que o compõem: a) adequação, entendida como idoneidade (ou capacidade de fomento) da medida para alcançar o objetivo pretendido, b) necessidade, compreendida como a eleição do menos restritivo ou oneroso entre os meios adequados, c) proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

A jurisprudência mostrou-se atenta às modificações de paradigma, passando a prestigiar os princípios contidos na Constituição como causa de decidir. Mais especificamente, em razão da abertura e potencialidade de uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, passaram eles a ser utilizados em larga escala nas decisões judiciais.

A doutrina, todavia, já detectou que a prática jurisprudencial vem se mostrando dissociada da boa técnica. De um lado, nota-se a ausência da proporcionalidade aplicada a partir de sua decomposição em subprincípios, como assevera HUMBERTO ÁVILA, “*a fundamentação do chamado princípio da proporcionalidade não apresenta razões*

*intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim—absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade—bem como deixa obscuro seu fundamento de validade. Enfim a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua”⁹. De outro, ressaltou o abuso no seu emprego como causa de decidir, como alerta SIQUEIRA CASTRO, “*parece claro, todavia, que não se deve reduzir todos os conflitos de interesse a um juízo de proporcionalidade ou aos esquemas exegéticos que lhe são próprios. Tal seria uma hipertrofia do princípio, uma prodigalização imensurada de suas premissas, além de uma utilização desmensurada de suas virtualidades”¹⁰. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA faz coro à crítica, “A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”¹¹.**

Vejamos como as coisas se passam no âmbito do Direito Eleitoral. Nesta seara especializada, tais princípios passaram a ser de frequente invocação, principalmente nas lides que envolvem pleitos como aplicação de multa por propaganda eleitoral ilícita e reconhecimento de conduta vedada aos candidatos, nos moldes dos arts. 73 e 77 da Lei das Eleições.

8 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, RJ: Forense, 2005, p. 199.

9 ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a definição do dever de proporcionalidade. RDA 215/151.

10 Ob. Cit. P. 209.

11 VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. O proporcional e o razoável. RT 798/23.

Foram escolhidos recentes julgados do TSE para aferição de conformidade com as propostas doutrinárias. Um dos arestos que versa sobre o tema trata, na origem, de representação ofertada por infringência ao disposto no art. 73, §10, da Lei 9504/97, cuja violação sujeita o infrator a pena de multa, de valor entre cinco a cem mil UFIR, bem como à cassação do registro ou do diploma, e que assim dispõe:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.”

Após a corte local ter rejeitado o pleito de aplicação de sanção pela prática de conduta subsumível ao tipo legal do §10, em decisão monocrática, deu-se provimento a recurso especial para condenar os recorridos à pena de multa; dessa decisão, foi interposto agravo regimental a que foi dado provimento parcial para reduzir o valor da multa. Destaca-se o trecho do voto vencedor, no que é pertinente ao presente escrito:

“No que tange à sanção cominada, contudo, assiste razão aos agravantes. A jurisprudência do c. TSE entende que “a adoção do princípio da proporcionalidade, tendo em conta a gravidade da conduta,

*demonstra-se mais adequada para gradação e fixação das penalidades previstas nas hipóteses de condutas vedadas” (AgR-REspe no 35.240/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 15.10.2009). Assim, a multa de 100.000 UFIR para cada beneficiário mostra-se, data venia, elevada. Ante o exposto, **observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reduzo o valor da multa aplicada para 10.000 (dez mil) UFIRs para cada agravante.**”¹²*

Frise-se que, na inteireza do acórdão, essa é a única vez que se faz menção à proporcionalidade ou à razoabilidade. Veja-se que não foi feita a análise compartimentada de adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito da medida. Não se procedeu ao exame da condição econômica do candidato, ou da lesividade da conduta. Simplesmente se taxou de abusivo o valor da multa, sem que restasse esclarecido qual o paradigma para aferição da abusividade.

Não é único o caso. Ilustra a afirmativa outro julgado do TSE, igualmente versando sobre comparecimento de candidatos à inauguração de obras públicas, conduta vedada nos termos do art. 77 da Lei das Eleições, que assim preceitua:

“Art. 77. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas. Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou do diploma.”

¹² Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36026, rel. Min. Aldir Passarinho, em 31.03.2011 (sem grifos no original).

Considerando-se as categorias existentes dentro do universo normativo, o dispositivo transcrito pertence indubitavelmente à categoria das regras, as quais, segundo consagrada lição de DWORKIN¹³, “*são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (all or nothing). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direito e automático, produzindo seus efeitos*”. Assim, caracterizada a situação fática descrita no tipo legal, recai sobre o agente a consequência prevista no preceito secundário da norma. Esse o juízo feito pelo legislador, sem que fossem erigidos requisitos outros à aplicação do efeito jurídico da norma, ou como assevera HUMBERTO ÁVILA, “*As regras instituem obrigações absolutas, porquanto não superáveis por normas contrapostas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos.*”

Todavia, a corte eleitoral não se pautou na categorização sedimentada na produção intelectual pátria, valendo-se, uma vez mais, da alusão à principiologia:

“Com base nos princípios da simetria e da razoabilidade, também deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade na imposição da sanção pela prática da infração ao art. 77 da Lei das Eleições.

Afigura-se desproporcional a imposição de sanção de cassação a candidato à reeleição ao cargo de deputado estadual que comparece em uma única inauguração, em determinado município, na qual não houve a presença de quantidade significativa de eleitores e

*onde a participação do candidato também não foi expressiva.”*¹⁴

O julgado cria uma situação absolutamente inusitada, pois reconhece a ocorrência do fato jurígeno (o candidato compareceu à inauguração da obra pública), mas não lhe aplica os efeitos da norma, tampouco declara sua a inconstitucionalidade. A eficácia da norma sobrevive em um limbo, de onde o julgador a retira quando lhe apraz.

A decisão não parece prestar atendimento ao dever de fundamentação insculpido no art. 93, IX, da Constituição. Fundamentar a decisão é expor os motivos subjacentes à decisão, permitindo à coletividade, destinatária última da prestação jurisdicional, conhecer os motivos que levaram o magistrado a adotar essa ou aquela posição. Fazer mera alusão a postulado, no entanto, não é fundamentar. Em uma era em que a comunicação passa a ocupar posição de proeminência nas relações sociais, o processo hermético, limitado aos atores processuais, está fadado ao passado. Como defende MARINONI “*o processo deve ser visto como o palco de discussões; a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele.*”¹⁵. Tal convencimento só pode ser alcançado se externados os reais motivos que levaram o julgador a adotar determinada posição, o que não se dá pela simples invocação de regra ou princípio.

¹⁴ Agravo regimental em recurso ordinário nº 890235, rel. Min. Arnaldo Versiani, em 14.06.2012 (sem grifos no original).

¹⁵ MARINONI, Luis Guilherme. Manual do processo de conhecimento. SP: RT, 2006, p.254

¹³ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Londres, Duckworth, 1991, p. 26. (grifos meus).

O que se extrai do julgado é a simples negativa de vigência à regra. Perceba-se que o dispositivo legal não alude ao número de comparecimentos a eventos, quantidade de eleitores presentes ou ao grau de participação do candidato. Erigiu-se a proporcionalidade a apanágio capaz de substituir a vontade do legislador pela do aplicador da lei, e incidindo uma vez mais na crítica formulada por VIRÍGILO, “*Não há como não se perguntar se os dispositivos (...) foram considerados inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito. Não se sabe. E não há como saber, visto que o STF¹⁶ não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, não foi aplicada a regra da proporcionalidade.*”

Além de exorbitar a potencialidade da proporcionalidade, e de tecer exame monolítico em contradição com sua obrigação de análise compartimentada, outras críticas podem ser feitas à forma como o tema tem sido tratado na jurisprudência. Uma delas é que a proporcionalidade vem, ainda, sendo tratada como sinônimo de proibição de excesso.

É consabido que o princípio da proporcionalidade teve berço na corte constitucional alemã. Em sua origem, era então entendido como filtro para aferição de eventual inconstitucionalidade da norma por excesso de poder legislativo. Tal concepção, todavia, resta ultrapassada quer na doutrina, quer na jurisprudência do direito comparado. Com efeito, hodiernamente a própria suprema corte germânica vê esse princípio como limite mínimo e máximo à atuação estatal, é dizer, há sim a proibição de excesso, mas, paralelamente a ela, existe a proibição de

proteção deficiente a estatuir que também a omissão estatal, ou a atuação insuficiente na promoção dos direitos fundamentais pode implicar violação à proporcionalidade.

Na mesma linha, no ano de 2012, viu-se também no STF o recrudescimento da aceitação desta dupla face da proporcionalidade: **“uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade(...)**”.

(HC 104410, 2^a t. Rel. Min. Gilmar Mendes, em 06.03.2012)¹⁷

Em verdade, tal ideário, longe de constituir novidade, já havia sido ensinado por ARISTÓTELES em seu inesquecível *Ética a Nicômacos*, quando registrou que “*o justo é uma espécie do gênero proporcional...e o proporcional é um meio termo...(de modo que) a injustiça é excesso e falta, no sentido que ela leva ao excesso e à falta*”¹⁸.

Curiosamente, nada obstante o considerável número de julgados que foram objeto de escrutínio para a elaboração deste escrito, não foi encontrado um único julgado que se valesse da proporcionalidade para majorar sanção aplicada, por considerá-la

16 Ob. cit. P. 12. Embora a crítica seja a aresto do STF, as mesmas razões aplicam-se ao do TSE.

17 No mesmo sentido, HC 102087, 2^a t., rel. acórdão Min. Gilmar Mendes, em 28.02.2012.

18 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, Brasília, UNB, 1999, p. 93-96 (sem grifos no original).

insuficiente para coibir o ilícito. Nenhum. Trata-se de prova de que a mente de muitos julgadores encontra-se presa à ultrapassada visão de proporcionalidade, concedendo-se ao indivíduo *bill* de indenidade, em prejuízo da coletividade cumpridora da lei.

Por motivos sociológicos, cujo declínio escapa ao propósito deste breve escrito, verifica-se arraigada na cultura brasileira a visão do infrator como oprimido pelo Estado, ao invés do indivíduo que é deliberadamente oponente ao cumprimento das normas a todo impostas. O ocaso do regime militar deixou como legado na consciência de muitos operadores do direito a visão anacrônica do Estado ciclope, inimigo do indivíduo, um poder imensurável a ser contido, quando a realidade vem desnudando um Estado inerte, paquidérmico, incapaz de conter os abusos cometidos pelo indivíduo em detrimento da coletividade.

Como já alertara SIQUEIRA CASTRO, a liberdade não é um fim absoluto em si mesmo, e a construção dos direitos constitucionais individuais não pode se dar em prejuízo do tecido social. Em suas palavras, *“visa-se, com essa interpretação sistêmica da Constituição e com a ponderação de valores supralegais inter-relacionados evitar o abuso de direito ou o exercício exorbitante das liberdades individuais, no pressuposto de que todas elas sujeitam-se a limites imanentes que impõem a todos um dever de respeito quanto à essência e fronteiras dos vários direitos fundamentais.”*¹⁹.

Aliás, na seara eleitoral, deveria ser supina a exigência de obediência à lei pelos candidatos. A higidez do processo eleitoral, de onde é extraída a vontade popular -

fundamento da República Federativa do Brasil - deveria garantir daqueles que se pretendem dignitários um límpido procedimento. Dessa feita, não agir em conformidade com esta legítima expectativa deveria desencadear punição capaz de reconduzir o recalcitrante à obediência ao proceder conforme o Direito. Se não o faz *sponte própria*, deveria a justiça eleitoral incumbir-se de tal mister.

Cita-se outro julgado do TSE que faz menção ligeira à proporcionalidade, utilizando-a como razão de decidir em estridente desconsideração a todo arcabouço teórico a ela subjacente, bem como demonstra tibieza no exame do contraste dos bens jurídicos em jogo. Trata-se de representação ofertada em desfavor do então presidente Luís Inácio Lula da Silva, candidato à reeleição, segundo se extrai da ementa do julgado, por ter se beneficiado da *“confeção de Cartilha publicada em janeiro de 2006 contendo louvores às realizações do Governo Federal, sem objetivo de orientação educacional, informação ou comunicação social. Documento que, em ano de eleição, se reveste de verdadeiro catecismo de eleitores aos feitos do Governo Federal.”*

No caso *sub examen*, foi imposta, de acordo com o § 3º do art. 36 da Lei nº 9.504/97, multa no valor de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais), equivalente ao custo da publicidade. Em sede de embargos de declaração, o valor da multa foi reduzido para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ao fundamento de violação à proporcionalidade, como extrai-se da ementa:

“Quando o custo da propaganda, considerada antecipada, é superior ao limite monetário máximo inicialmente previsto no § 3º do art. 36 da Lei nº 9.504/97 ele o substitui,

¹⁹ Ob. Cit., p. 208.

cabendo, em consequência, ser arbitrado o respectivo valor da multa entre os limites mínimo e o novo máximo, isto é, o custo da propaganda, observados os juízos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Configurada omissão sobre os limites mínimo e máximo do valor da multa por propaganda antecipada, deve ser ela suprida. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para fixar o valor da multa.”²⁰

Analisando o julgado de modo mais detido, vê-se que a alegada violação à proporcionalidade residiria em “*incidir sobre agente estatal cujo subsídio é de R\$ 11.420,21 (onze mil, quatrocentos e vinte reais e vinte um centavos) mensais. Donde a fácil conclusão de que o pagamento da pena pecuniária, no montante em que o foi, absorveria mais de 6 (seis) anos de ininterrupto labor do apenado. Equivale a dizer, o ora embargante teria que trabalhar 6 (seis) anos e 7 (sete) meses para liquidar o débito que lhe foi imputado, saltando aos olhos (é minha leitura) a desproporcionalidade de tal apenamento.*”²¹

Uma vez mais, passou-se ao largo do exame analítico da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, percebe-se que a corte deixou escapar excelente oportunidade para proceder a exame mais detido do terceiro subprincípio da proporcionalidade, pois não procedeu à análise dos bens jurídicos em choque – quais sejam, o patrimônio do infrator – potencialmente capaz de suportar a sanção; e a igualdade de oportunidades no pleito eleitoral – bem jurídico tutelado pelas

normas que dispõem sobre condutas vedadas nas eleições. Cingindo-se o exame, nesse viés, ao ponto de vista do agente público que agiu à margem da lei e recebeu a pena prevista no dispositivo.

A aplicação míope da proporcionalidade como meio tão somente de abrandamento das sanções eleitorais culmina por produzir danoso efeito colateral: ciente da debilidade das sanções aplicadas, o custo da violação à lei passa a fazer parte da estimativa financeira da campanha eleitoral.

Tome-se como exemplo a matéria de fato do último julgado mencionado. Os vinte mil reais aplicados a título de multa são perfeitamente passíveis de ser absorvidos por uma campanha orçada em R\$ 115.000.000,00 (cento e quinze milhões de reais)²². Mais. Dada a abrangência do alcance do material produzido, a relação custo-benefício, **subsumível ao terceiro subprincípio da proporcionalidade**, entre a vantagem obtida pelo candidato e o *quantum* despendido a título de multa, demonstra que a medida ficou em patamar muito aquém do resultado esperado, qual seja, a coibição da prática da conduta vedada aos candidatos. Dessa forma, o que de fato fez o TSE foi mercantilizar a conduta vedada: torna-se mais vantajoso ao candidato infringir a lei e arcar com as consequências do que a ela prestar obediência. Assim, o sopesar da relação custo-benefício deixa de pertencer à régua pela qual o judiciário mediria os atos estatais e passa a pertencer à direção da campanha do candidato, que melhor pode orientá-lo de quando se afigura vantajoso ultrapassar os limites da lei.

20 ED na Representação nº 875, rel. p/ acórdão, Min. Aldir Passarinho, em 15.05.2012.

21 Idem

22 Dado extraído do pedido de registro de candidatura ao TSE.

A colocação enseja um derradeiro argumento em desfavor da forma como vem sendo utilizada a proporcionalidade na seara eleitoral, consideração encontrada na obra de talentoso processualista sob a denominação de “ônus argumentativo”²³. Ao tratar dos princípios jurídicos, afirma Alexy que não é possível estabelecer uma pauta rígida de valores absolutos ou definitivos de nenhum princípio constitucional. Para justificar a idéia de peso ou ônus argumentativo, parte Alexy da premissa inicial de que existem preferências ou prioridades *prima facie* no sistema jurídico-normativo.

Se houver por bem decidir favoravelmente ao interesse que detém prioridade normativa, o juiz tem um relaxamento na fundamentação de sua decisão, não sendo exigida uma motivação acentuada. Todavia, para que o magistrado demonstre a vitória do bem, valor ou direito que não aquele *prima facie* prevalente, deve ter “razões mais fortes” (*stärkere Gründe*) do que seria necessário para justificar a decisão em benefício do interesse privilegiado pela ordem jurídica.

Para Alexy, ao decidir contrariamente a um interesse normativamente tutelado, o magistrado, em sua decisão, deve medir qual a “intensidade de interferência” permitida pelo ordenamento àquele direito no caso concreto e somente o peso das razões do juiz é apto a justificar determinadas restrições a direitos prevalentes *prima facie*.

Pois bem, dentro dessa linha expositiva, é de se considerar que o art. 14, §9º, da Constituição estabeleceu que a proteção à

“normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de função, cargo ou emprego na administração” é esse valor eleito *prima facie* pelo texto constitucional como passível de proteção, e quando o julgador decidir contra esse bem jurídico incidirá o dever de invocar as “razões mais fortes” para sustentar sua posição. Norma que não foi declarada inconstitucional deve produzir efeitos, e o afastamento de sua eficácia reclama, outrossim densa fundamentação. Não é o que vem ocorrendo, como demonstrado.

Por fim, imperioso assentar que não se pretendeu com esse breve escrito fomentar o retrocesso da exegese jurídica à mera subsunção do fato à norma, ou devolver os princípios constitucionais à posição de normas meramente programáticas, esvaziando a eficácia normativa da Constituição.

Tampouco se desejou defender a imunização do direito posto à incidência da proporcionalidade ou a impossibilidade da paralização da incidência de uma regra a um caso concreto, sob o fundamento no princípio. Essas são possibilidades assentes na doutrina e na jurisprudência, que há muito reconhecem a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, para excluir determinada incidência da norma.

O que se defende é que tal procedimento preste observância aos cânones imanentes à proporcionalidade: a análise estruturada e compartimentada de seus subprincípios, fundamentação concreta da violação a tal ou qual vetor, dissociada de uma visão ultrapassada da relação do indivíduo com o Estado. Faz-se coro, nesse ponto, ao reclamo formulado por VIRGÍLIO, “a partir do momento em que a corte sustenta que a regra da proporcionalidade tem

23 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: *Jus Podivm*, 2013, p.513 ss.

“fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, e assim não o faz com o intuito de se manter meramente no plano teórico, isto é, de recorrer a um topos –como acontece quando menciona o princípio da razoabilidade–, mas com o expresse intuito de ir além, e passar para o plano da aplicação sistemática e estruturada de um modelo pré-existente, é de se esperar, então, que dele seja cobrada coerência”²⁴.

24 Ob. Cit. P. 50.