

A PROPORCIONALIDADE E AS MANIFESTAÇÕES NA COPA DE 2014 E OLIMPÍADAS DE 2016 NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO (BRASIL)

Diógenes Ivo Fernandes de Sousa Silva¹

RESUMO: O artigo pretende abordar a proporcionalidade de lei que vedou a liberdade de manifestação pacífica nos estádios durante a copa do mundo FIFA de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 no Rio de Janeiro-Brasil. Serão abordados ainda as diferentes soluções que o Judiciário brasileiro conferiu a cada um das situações utilizando a mesma fórmula da proporcionalidade.

Palavras-chaves: copa do mundo, olimpíadas, rio de janeiro, liberdade de expressão, proporcionalidade.

ABSTRACT: This article pretend discuss proportionality, inside the prohibition of pacific speech in the sport's arena during 2014 FIFA World Cup and the 2016 summer Olympics in Rio de Janeiro-Brazil. It will be studied how the brasilian justice faced that question using the same formula and achieving diferents results.

Keywords: world cup, olympics, rio de janeiro, freedom os speech, proporcional

INTRODUÇÃO

As relações culturais entre nações ficam mais estreitas com o passar das eras. Acordos comerciais não se restringem mais a mera troca de produtos e insumos. Modernamente, o esporte e o entretenimento em geral, tem atuado como uma grande locomotiva para a feitura de novos contratos transnacionais. Com a popularização dos meios de transporte e das comunicações, eventos com convidados de todo o globo, que ficavam restritos ao território europeu, agora podem contar com sedes temporárias nos mais diferentes e distantes lugares do mundo. Duas competições são particularmente famosas e tiveram como sede a cidade do Rio de Janeiro: a Copa do Mundo de futebol masculino (2014) e os Jogos Olímpicos de verão (2016). Apesar de raízes históricas distintas, elas guardam um objetivo romântico (congraçamento dos povos) e outro real (negócios). Com o sucesso de cada edição, há mais disputa pelos estados em contratar o evento.

¹ Professor da Ucam - Centro. Mestrando em direito na Universidade Candido Mendes. Procurador da Fundação CECIERJ. Membro da ABRAP e AAPARJ. **E-mail:**

A peculiaridade reside no fato de que países no alto das suas respectivas soberanias, participam de uma disputa em diversos quesitos, notadamente os relacionados a infraestrutura da cidade (país) sede. Após a seleção promovida e arbitrada pela entidade privada respectivamente responsável pelo seu produto, os estados soberanos aderem a um pacote de normas, prometendo internaliza-las nos seus ordenamentos jurídicos, para que tenham plena vigência durante o período das festividades. As medidas vão de isenção fiscal, passando por controle de território (arenas esportivas), até a dispensa de visto (mesmo sem a devida reciprocidade). Uma delas é relacionada com a liberdade de expressão do telespectador nos estádios e suas cercanias. Para se conseguir o controle absoluto da massa, se *visa o monopólio* da informação e do que os mortais podem falar ou não. Este artigo pretende analisar a censura individual e coletiva no âmbito dos estádios, com destaque nas leis 12.662/2012 (copa das confederações e copa do mundo) e a 13.284/2016 (olimpíadas) tendo como paradigma a leitura proporcional da Constituição Federal.

AS MANIFESTAÇÕES PACÍFICA NA COPA DO MUNDO DE 2014 E NAS OLIMPIADAS DE 2016 NO RIO DE JANEIRO

Recentemente o município do Rio de Janeiro (Brasil) recebeu os eventos da copa do mundo em 2014 e das olimpíadas em 2016. O país candidato² a sede de qualquer uma daquelas competições esportivas, caso escolhido, deve aderir as normas e padrões emanados das entidades esportivas internacionais³: a Fédération Internationale de Football Association (FIFA)⁴ e o Comitê Olímpico Internacional (COI)⁵. Ambas as entidades possuem natureza de pessoa jurídica de direito privado. Mesmo assim, para que

² http://www.apo.gov.br/downloads/dossie/dossie_de_candidatura_v1.pdf acesso em 24/11/2016

³ “The possession of international personality meant that the organisation was a subject of international law and capable of having international rights and duties and of enforcing them by bringing international claims... The attribution of international legal personality to an international organisation is therefore important in establishing that organisation as an entity operating directly upon the international stage rather than obliging the organisation to function internationally through its member states, who may number in the tens of dozens or more... Of course, most international organisations need to operate within particular states and thus require that their personality be recognised not only within international law but also within particular domestic law in order to be able to make and defend claims and generally to perform legal acts in domestic law. This may be achieved in different ways. In many legal systems, a domestic court will determine the legal status and capacity of a legal person by reference to the applicable or proper law, which will in the case of international organisations be international law. Thus if the organisation had personality under international law, this would suffice to establish personality under domestic law.” SHAW, Malcolm. International Law. 6 edition. P. 1298

⁴ <http://www.fifa.com/governance/competition-organisation/benefits-of-bidding.html> acesso em 23/11/2016

⁵ <https://www.olympic.org/all-about-the-candidature-process> acesso em 23/11/2016

um país membro possa hospedar os jogos, ele deverá submeter-se as regras e padrões adotados por cada daquelas entidades, isto é, um estado soberano voluntariamente se compromete a obedecer as lascívia da FIFA e do COI, produzindo legislação interna específica. Muito mais do que o esporte, a copa do mundo e os jogos olímpicos representam um pool de negócios⁶, daí gerando interesse de tantos países.

As cifras geradas ultrapassam os bilhões de dólares⁷, mas para isto o país sede⁸ deverá bancar todas as condições estruturais para a realização dos eventos. O conagraçamento entre as nações tem efeito manifestamente secundário. Sendo o Brasil o país escolhido para sediar os tais eventos, houve um esforço para se aprovar leis que estivessem concordes com as ambições da FIFA e do COI. No caso brasileiro foram elaboradas pelo Congresso Nacional as leis 12.662/2012 (copa das confederações e copa do mundo) e a 13.284/2016 (olimpíadas). Dentre os dispositivos legais, havia um que, na prática, operava a supressão de liberdade de manifestação do torcedor nos estádios. Segundo aquelas leis, o torcedor só poderia revelar sentimentos relacionados estritamente com a partida. A única exceção relacionava-se com pensamentos externados com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁹.

Nada mais incongruente. Como ambas as competições envolvem atletas sob as bandeiras dos respectivos estados-nação, é inerente a existência da manifestação política em torno dos participantes dos jogos e dos respectivos símbolos nacionais. A apatia e o silêncio não são usuais nas competições esportivas seja na antiguidade ou na era moderna. A euforia e a alegria por torcer numa disputa justa é direito de primogenitura do ser humano. Desde que tudo ocorra sem se rebaixar a atos tendentes a violência. As

⁶ <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/copa-do-mundo-e-olimpiada-investimento-publico-lucro-privado> acesso em 24/11/2016

⁷ <http://epoca.globo.com/vida/esporte/noticia/2016/06/os-bilhoes-de-dolares-das-olimpiadas-e-das-copas.html> acesso em 23/11/2016

⁸ “Portanto, em tese, entende-se cabível a abertura de crédito extraordinário pela União para transferência de recursos a outros entes federativos, em caso de grave crise financeira do ente, com a finalidade de viabilizar a realização de grandes eventos de âmbito internacional em que houve assunção de compromissos por parte da República Federativa do Brasil, desde que: (a) se trate de despesa imprevisível, ou seja, a exposição de motivos deve demonstrar de forma inequívoca que a previsão da referida despesa não era exigível por parte da União; (b) a urgência do cenário não comporte o tempo necessário à tramitação de um projeto de lei de crédito adicional especial pelas Casas Legislativas; (c) caso a transferência de recursos tenha caráter voluntário, não se destine ao pagamento de pessoal ativo, inativo e pensionista do estado ou município, em atendimento à vedação disposta no inciso X do art. 167 da CF/1988 e ao inciso III do § 1º do art. 25 da LRF; e (d) a omissão da União possa acarretar danos irreparáveis à imagem do Brasil e/ou coloque em risco a segurança nacional, em especial dos chefes dos poderes da União e dos chefes de estados estrangeiros”. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO 1634/2016 – PLENÁRIO. Rel. Min. Raimundo Carneiro. Sessão: 29/06/2016

⁹ Art. 28 da Lei 12.662/2012

olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016 (Brasil), tiveram tamanho importância política e simbólica de fraternidade universal, chegando ao ponto, de pela primeira vez na história, contar com uma *delegação de atletas refugiados*¹⁰ oriundos de locais com guerras e crises humanitárias. Nada mais crítico do que deixar de usar as cores nacionais para envergar as cores do Comitê Olímpico Internacional¹¹, isto é, o próprio COI enviou ao mundo uma mensagem de fraternidade, com caráter notoriamente político, para todo o planeta.

A Constituição Federal de 1988 fez previsão de um sistema misto de controle repressivo de constitucionalidade. Foi adotado o sistema incidental e o concentrado. Pelo sistema incidental¹², de inspiração livre no direito norte americano, qualquer juiz no caso concreto pode julgar como questão prejudicial à constitucionalidade de uma norma¹³, cujos efeitos inicialmente ocorrem interpartes, cabendo ao Senado Federal¹⁴ a atribuição de efeitos *erga omnes*, nos termos do art. 52, X da CF¹⁵, após pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário¹⁶. A outra modalidade de

¹⁰ <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/08/pela-primeira-vez-equipe-de-refugiados-disputa-olimpiada> acesso em 13/11/2016

¹¹ <http://www.unhcr.org/rio-2016-refugee-olympic-team.html> acesso em 13/11/2016

¹² (...) o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do art. 52 da Constituição Federal. [RE 387.271, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-8-2007, P, DJE de 1º-2-2008.

¹³ STF. Súmula vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹⁴ “Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2012. p. 1551

¹⁵ “A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2012. p. 1551.

¹⁶ O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF.” RE, rel. min. Ellen Gracie, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 19-3-2010.

controle é a denominada concentrada, sendo feita unicamente pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷, cuja função precípua é a de guardião e interprete final da Constituição.

Nesta modalidade, os efeitos do julgamento são sempre *erga omnes* e somente um rol limitado de personagens¹⁸ podem acessar a Suprema Corte para questionar a constitucionalidade de uma norma federal ou estadual que confrontem diretamente a Constituição Federal de 1988. Neste sentido, sobre o controle de constitucionalidade pátrio, há o didático arresto da relatoria do Min. Celso de Mello:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da CR. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º)” ADI 2.551 MC-QO, rel. min. Celso de Mello, j. 2-4-2003, P, *DJ* de 20-4-2006.

¹⁷ A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A defesa da CR representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional ADI 2.010 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 30-9-1999, P, *DJ* de 12-4-2002.]

¹⁸ Art. 103 da CF

Na espécie, em sede de controle concentrado, nos idos de 2014, o STF por maioria decidiu, usando explicitamente os critérios de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) que pelas peculiaridades do evento *copa do mundo*, atenderia aos fins constitucionais a vedação de certas condutas, ante a amplitude multicultural do evento e o fato de ficarem aglomerados no mesmo espaço na duração do jogo¹⁹, inclusive endossando a vedação a liberdade de expressão nas arenas esportivas. A ideia seria de se evitar os mais variados conflitos. Portanto é lícito concluir, que aquela corte presume a inexistência, no espectador, de *animus* para confraternizar, mas sim, ligado a balburdia e a discórdia (offensive words²⁰). O acórdão foi assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 1º do art. 28 da Lei 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”). Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. [ADI 5.136 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-7-2014, P, DJE de 30-10-2014.]

Quando chegou a vez das Olimpíadas, apesar do art. 28 lei 13.284/2016 ser um dispositivo semelhante a lei da copa, houve uma guinada nos acontecimentos.²¹ Desta vez, não houve²² a provocação da Suprema Corte. O Ministério Público Federal, em sede de

¹⁹ “...As restrições impostas pelo art. 28 da Lei Geral da Copa parecem enquadrar-se nesses três requisitos. Trata-se de limitação específica aos torcedores que comparecerão aos estádios em evento de grande porte internacional que reúne pessoas de diversas nacionalidades e que, portanto, precisa contar com regras específicas que ajudem a prevenir confrontos em potencial.... ADI 5.136 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-7-2014, P, DJE de 30-10-2014 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799> acesso em 16/10/2016

²⁰ “The word "offensive" is not to be defined in terms of what a particular addressee thinks. . . . The test is what men of common intelligence would understand would be words likely to cause an average addressee to fight. . . . The English language has a number of words and expressions which, by general consent, are "fighting words" when said without a disarming smile. . . . [S]uch words, as ordinary men know, are likely to cause a fight. So are threatening, profane or obscene revilings. Derisive and annoying words can be taken as coming within the purview of the statute as heretofore interpreted only when they have this characteristic of plainly tending to excite the addressee to a breach of the peace. . . . The statute, as construed, does no more than prohibit the face-to-face words plainly likely to cause a breach of the peace by the addressee, words whose speaking constitutes a breach of the peace by the speaker -- including "classical fighting words," words in current use less "classical" but equally likely to cause violence, and other disorderly words, including profanity, obscenity and threats.” US Supreme Court. *Chaplinsky v. New Hampshire*. 315 U.S. 568. 91 N.H. 310, 18 A.2d 754, affirmed. https://www.law.cornell.edu/wex/fighting_words acesso em 13/11/2016

²¹ “Não se pode supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração *adota medida discrepante do razoável*...”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. Malheiros. P. 81

²² Ação civil pública ajuizada pelo MPDFT com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 754/1994 pelo TJDF não torna prejudicado, por perda de objeto,

Ação Civil Pública, propôs demanda tendo como pretensão a defesa da liberdade de manifestação dos expectadores dos jogos. Naquela oportunidade, o MPF questionou a constitucionalidade daquela norma infraconstitucional, asseverando que o tal art. 28 da Lei 13.284/2016, não estava em conformidade com a Carta Política, notadamente com os postulados do art. 5º IV, VIII e IX da CF. O Juízo de 1ª instância, em sede de cognição sumária, obediente as normas constitucionais, concedeu provimento liminar²³ permitindo a livre manifestação, isto é, o torcedor poderia fazer os seus protestos, sem a restrição quanto ao tema, desde que fosse pacífica e moderada. As duas soluções foram conferidas usando a mesma metodologia (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), mas chegaram a resultados completamente diferentes. De modo a se formar um juízo mais qualificado, é *conditio sine qua non* abordar a proporcionalidade no ordenamento pátrio.

DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado não constitui um fim em si. Ele existe para servir os interesses e conveniências da maioria da população, admitindo-se, que o estado democrático de direito constitua seu alicerce inabalável de atuação. O domínio da técnica invariavelmente leva a concentração de poder. Historicamente falando, a humanidade, enquanto organização social, se estabelece de modo a valorizar a força e o poder em detrimento da fraqueza de seu semelhante²⁴. Em qualquer época histórica o agente estatal busca legitimar o seu agir

o recurso extraordinário. A jurisprudência do STF tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal.[RE 424.993, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 12-9-2007, P, *DJ* de 19-10-2007.]= Rcl 8.605 AgR, rel. min. Marco Aurélio, j. 17-10-2013, P, *DJE* de 7-11-2013

²³ “Ademais, a conduta impugnada nesta Ação Civil Pública contraria o próprio espírito olímpico de união e respeito entre os povos e o respeito à diferença, verificado, inclusive, na bela abertura dos Jogos Olímpicos no último dia 5 de agosto no Estádio do Maracanã. É notório que para a promoção dos referidos valores é indispensável a proteção da liberdade de expressão do pensamento. “ JFRJ. Proc nº: 0500208-93.2016.4.02.5101.

<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/liminar-liberdade-expressao-Rio-2016.pdf> acesso em 13/11/2016

²⁴ “... as leis da natureza (como a justiça. Equidade, a modéstia, a misericórdia e, em suma, fazer aos outros o que gostariam que nos fizessem), por si mesmas, sem o terror de algum poder quer as faça serem observadas, são contrárias as nossas paixões naturais, que nos levam a parcialidade, ao orgulho, à vingança e coisas semelhantes. E os pactos *sem a espada nada mais são que palavras sem nenhum força para proteger um homem*. Por conseguinte, apenas as leis da natureza (que cada um cumpre quando tem vontade de cumprir,

na norma, seja ela laica, religiosa, produzida democraticamente ou não. Com certa frequência o agente público se utiliza da micro parcela²⁵ do poder estatal que lhe é atribuída para satisfazer interesses pessoais, sadismos ou até na imposição de regramentos sem o menor sentido prático, incoerentes ou injustos. A prática demonstra que quanto menor o cargo do agente, maior é a sua predisposição de abusar do seu pequeno leque de poder. O poder sem um propósito virtuoso acarretará fatalmente no cometimento de ato vazio ou imbuído de vilania²⁶. Na maioria das vezes a maldade vem empuçada com ares de legalidade, mas sem legitimidade constitucional. Ademais, tendo por escopo a dignidade da pessoa humana e que valores éticos não são uma opção, só há justiça quando há proporcionalidade entre os meios empregados e os fins almejados. O desequilíbrio puro e simples pode levar a situações irremediavelmente gravosas e irreversíveis, surgindo o injusto. Neste ponto se faz oportuna a observação feita por John Rawls²⁷, *in verbis*:

...Os cidadãos de uma sociedade livre e justa não devem considerar-se mutuamente incapazes do senso de justiça, a menos que isso seja necessário por causa da liberdade igual...A teoria da justiça apenas caracteriza a constituição justa, o objetivo da ação política apenas caracteriza a constituição justa, o objetivo da ação política a que devemos buscar para tomar decisões práticas. Na busca deste objetivo a força natural das instituições livres não deve ser esquecida, nem se deve supor que as tendências a um afastamento em relação a elas cresçam livremente e sempre triunfem. Conhecendo a estabilidade inrente a uma constituição justa, os membros da sociedade bem ordenada confiam que só será preciso

quando pode fazê-lo em segurança), se não houver um poder instituído, ou não houver um poder grande o bastante para nossa segurança, cada homem confiará, e poderá legitimamente confiar em sua própria força e arte como proteção contra todos os outros homens...” HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Segunda parte. Capítulo XVII. Coleção os Pensadores. Nova cultural. P. 141

²⁵ “...Embora o Judiciário não possa substituir-se à administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. RMS 24.901, rel. min. Ayres Britton, j. 26-10-2004, 1ª T, DJ de 11-2-2005.

²⁶ “A ruptura totalitária levava, nas palavras de Hannah Arendt, à banalidade do mal, à criação de uma forma de domínio baseada no terror e na ideologia do poder, que permitira despojar categorias inteiras de pessoas de seu vínculo com a ordem jurídica nacional, da capacidade de invocar o direito interno, tornando-os apátridas ou refugiados, indivíduos para os quais a ordem estatal deixara de significar proteção e que se tornavam “supérfluos” ou “descartáveis”. *Na lógica do Estado totalitário esta primeira etapa conduzia ao posterior confinamento destes grupos em campos de concentração – a consumada realização lógica da organização totalitária do Estado – para então proceder ao despojamento final de sua condição humana e ao extermínio inexorável, conduzido por funcionários que obedeciam a uma ordem burocrática e jurídica que obedecia servilmente à direção da polícia secreta*”. TRINDADE, Antônio Augusto Cansado de. O legado da Declaração Universal dos Direitos do Humanos in GIOVANNETTI, Andrea (org.) 60 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: CONQUISTAS DO BRASIL. FUNAG. 2011. http://funag.gov.br/loja/download/547-60_Anos_da_Declaracao_Universal_dos_Direitos_Humano_Conquistas_do_Brasil.pdf acesso em 16/10/2016

²⁷ Rawls, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Peseta. Martins Fontes. 2000. p. 238

limitar a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando for necessário para preservar a própria liberdade igual.

A proporcionalidade revela-se um princípio jurídico basilar e um alicerce argumentativo, preservando direitos fundamentais, ao retratar um pensamento aceito como sendo justo e de comprovada utilidade no equacionamento das questões práticas nos mais diversos ramos do direito. É numa situação envolvendo conflito de princípios e regras constitucionais que a proporcionalidade mostra o seu grau máximo de importância. Como critério para solucionar a melhor forma de dirimir o conflito entre normas de mesma hierarquia, num juízo de ponderação, haverá acatamento de uma norma, com prejuízo mínimo a outra. Sobre o resultado da técnica ligada a descoberta da ação proporcional, o prof^o Willis Santiago²⁸ aduz o seguinte: “*O maior benefício possível da comunidade com o mínimo de sacrifício necessário de seus membros individualmente*”. O princípio da legalidade está condicionado à proporcionalidade. Os atos legais devem, ao mesmo tempo, estar a serviço do Estado de Direito em aliança irrevogável com a isonomia, dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. O desígnio da proporcionalidade constitucional sempre será de servir a democracia e a liberdade.

O excesso deverá sempre ser tolhido, de modo a não se causar mais um injusto, aqui qualificado como um elemento desabonador do equilíbrio e harmonia social dos envolvidos²⁹. Acerca da estruturação do raciocínio metodológico que será utilizado na descoberta da proporcionalidade³⁰ dentro de cada caso concreto, o prof^o Willis Santiago Guerra Filho³¹ leciona o seguinte:

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5^a. Ed p. 108

²⁹ “...*O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais*. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências arrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado...” ADI 2.551 MC-QO, rel. min. Celso de Mello, j. 2-4-2003, P, DJ de 20-4-2006.

³⁰ Como observa Humberto Ávila. *Teoria dos princípios*(2003). 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 204/205, o postulado da proporcionalidade aplica-se “apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma

a proporcionalidade, desdobra-se em três aspectos, a saber: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. No seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar. O meio escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que por ventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores como o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham, observando ainda, que não haja violação do “mínimo” em que todos devem ser respeitados...

O sacrifício exagerado do indivíduo e a inadequação do ato ao atingimento da finalidade legal acarretará fatalmente numa situação de injustiça. Em razão de suas especificidades e dos constantes abusos praticados pelo Poder Público, o princípio da proporcionalidade é utilizado como elemento limitador do poder do estado, regrando assim, um exercício de ponderação entre os meios e os fins³², de modo a se preservar o equilíbrio entre a legalidade, justiça, interesse público e racionalidade. O prof^o Luis Roberto Barroso trata a proporcionalidade como sendo um sinônimo de razoabilidade³³³⁴. O insigne mestre advoga a tese de que há uma conjugação de idéias vindas do direito

relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico”.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 5^a. Ed. P. 76

³² “O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social”. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 2016

³³ “...Inicialmente os “standart” foram entendidos como tipos médios de conduta social corretos. Depois, passaram de medidas fáticas a regras jurídicas de comportamento. Mas sempre com uma diferença em relação a regras jurídicas em sentido estrito: estas transportam disciplina suficientemente densa para assegurar aplicabilidade imediata; os “standart” corporizam constelações típicas, necessariamente carecidas de atualização e concretização através de um mecanismo decisório. Os standart do “reasonable man” passam a ser invocados como medidas de comportamento judicialmente relevantes...os “standarts remetem *in vivo* para valores, deveres e critérios de cuidado e de responsabilidade cujo procedimento podia e devia ser feito pelos órgãos de concretização judicial.” CANOTILHO, JJ Gomes. Estudos Sobre os Direitos Fundamentais. Co-edição. 2^a edição Coimbra Editora e 1^a edição: editora RT. 3^a tiragem. 2008. P. 155

³⁴ No mesmo sentido: Odete Medauar, Gilmar Ferreira Mendes e Uadi Lamego Bulos.

norte-americano (due process)³⁵ com as do direito alemão (limitação a discricionariedade administrativa)³⁶, que tornariam os dois institutos faces de uma mesma moeda, vejamos³⁷:

o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade permite que o Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha...o princípio também funciona com um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.

No que tange a razoabilidade (“standards”), ela deverá ser utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, demonstrando sob qual angulo a norma deve ser praticada ou indicando em quais hipóteses o caso individual, face as suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Enquanto a proporcionalidade aplica-se a hipóteses em que há relação de causalidade entre dois elementos concretos (meio e fim). Sobre a positivação da razoabilidade e proporcionalidade e suas respectivas distinções no Código de Processo Civil de 2015, o prof^o. Daniel Meditiero³⁸ confere-nos relevante distinção entre os dois institutos jurídicos:

O novo Código menciona expressamente três postulados normativos: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação. A proporcionalidade é um postulado que visa a estruturar a aplicação de duas normas que se

³⁵ “...a a idéia de razoabilidade remonta o sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema da common law, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática... Foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como critério de aferição de constitucionalidade de determinadas leis...É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar...”. BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. P. 257

³⁶ “... Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito administrativo, funcionando como limitador a discricionariedade administrativa. É natural que não tenha surgido como um principio constitucional da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na europa continental a idéia de que a soberania popular se exercia por via de supremacia do parlamento, senod o poder legislador juridicamente ilimitado...Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado...Sem embargo da origem e do desenvolvimento diverso, um e outro abrigam os mesmo valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção...” BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. P. 258

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. P. 261

³⁸ MEDITIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil. RT. P. 156.

encontram em uma *relação de meio e fim*. O objetivo é preservar o máximo possível do *princípio da liberdade*, restringindo-se a esfera jurídica de determinada pessoa apenas naquilo que for necessário para consecução do fim que deve preponderar. A proporcionalidade exige o exame de três diferentes elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade é um postulado que visa a estruturar a aplicação de outras normas visando à harmonização e à vinculação à realidade. O objetivo é preservar o máximo possível o *princípio da igualdade*. A razoabilidade pode ser trabalhada em três acepções básicas: razoabilidade como *equidade* (em que a razoabilidade visa a resolver um problema envolvendo uma *relação entre o geral e o particular*), como *congruência* e como *equivalência*.

Muito embora existam algumas semelhanças nos objetivos finais (controle da atividade estatal) da razoabilidade e da proporcionalidade, elas possuem algumas diferenças, que não inviabilizam a sua convivência harmônica. A proporcionalidade sempre executará o sopesamento do fato entre duas normas do mesmo nível hierárquico, numa relação eminentemente de causa e efeito (meio e fim), podando os excessos e visando o melhor aproveitamento da solução constitucional para indivíduo e não para o Estado. Já a razoabilidade na análise fática necessariamente levará em consideração padrões subjetivos³⁹ de comportamento, além das normas conflitantes para enfim, se chegar a solução. Logo, o critério da proporcionalidade sempre terá elementos científico-jurídicos para o seu sustento, enquanto a razoabilidade dependerá empiricamente da formação sociocultural do interprete e da sociedade que o rodeia (“standards” de comportamento⁴⁰) para a formação de sua convicção.

³⁹ “...terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida...as condutas bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atribuições normais de prudência, sensatez e disposição ao acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. ..Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra do Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem asumidos pela lei aplicanda...” Mello, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. P. 111

⁴⁰ “While a legitimate policy is easily accepted by American lawyers as the justification for a rule, principles (in the way that I am using the term) are not. I have often been asked by students how any standard can be adopted if it looks backward rather than forward. This skepticism does not root in a rejection of the conventional proposition that courts exist primarily to adjudicate disputes on the basis of preexisting and reasonably knowable rules... What a court is or does can be justified only in terms of anticipated effects. If disputes should be resolved on the basis of preexisting and reasonably knowable rules, it is because people will then behave in a socially desirable way.” HeinOnline -- 83 Yale L.J. 233 1973-1974 http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3017&context=fss_papers acesso em 16/11/2016

A discussão relacionada entre justiça e proporcionalidade não é nova, vide a *Lex Poetelia Papiria*. Cesar Beccaria⁴¹ em clássica obra “Dos Delitos e das Penas” (sec. XVIII) já alertava para a necessidade de moderação dos castigos, tendo em perspectiva o proveito útil da pena no criminoso e no efeito educacional-preventivo perante a sociedade, vejamos: “*Entre as penalidades e no modo de aplica-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que deve provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente menos cruel no corpo do culpado*”.

Independente de qual corrente de pensamento se adote, a persecução da justiça (proporcionalidade) não é restrita as terras brasileiras. A Suprema Corte estadunidense (*Kennedy vs. Louisiana*)⁴² num caso sensível *envolvendo estupro de vulnerável sem óbito da vítima* e a aplicabilidade da pena capital no estado da Louisiana, decidiu aquela Corte, por maioria, ser desproporcional, mesmo em razão da vilania do crime, a supressão da vida do agressor. Levando em conta o complexo de valores constitucionais daquele país alienígena, segundo aquela Corte, tendo a vítima sobrevivido, o ilícito ficaria no âmbito entre particulares, logo a reprimenda relacionada com a prisão perpétua do réu aplacaria a necessidade de aplicação da justiça ao caso concreto. A pena capital somente deveria ser aplicada no caso de morte da vítima ou em crimes contra o Estado⁴³. Vejamos:

The constitutional prohibition against excessive or cruel and unusual punishments mandates that the State’s power to punish “be exercised within the limits of civilized standards.” *Trop*, 356 U. S., at 99, 100 (plurality opinion). Evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society counsel us to be most hesitant before interpreting the Eighth Amendment to allow the extension of the death penalty, a hesitation that has special force where no life was taken in the commission of the

⁴¹BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. GUIMARÃES, Torrieri (trad). Coleção a Obra Prima de Cada Autor. Martin Claret. P. 45

⁴² KENNEDY v. LOUISIANA . CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF LOUISIANA No. 07–343. Argued April 16, 2008—Decided June 25, 2008; modified October 1, 2008. <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-343.pdf> acesso em 13/11/2016

⁴³ “Our concern here is limited to crimes against individual persons. We do not address, for example, crimes defining and punishing treason, espionage, terrorism, and drug kingpin activity, which are offenses against the State. *As it relates to crimes against individuals, though, the death penalty should not be expanded to instances where the victim’s life was not taken. We said in Coker of adult rape: “We do not discount the seriousness of rape as a crime. It is highly reprehensible, both in a moral sense and in its almost total contempt for the personal integrity and autonomy of the female victim . . . Short of homicide, it is the ‘ultimate violation of self.’ . . . [But] [t]he murderer kills; the rapist, if no more than that, does not. . . . We have the abiding conviction that the death penalty, which ‘is unique in its severity and irrevocability,’ is an excessive penalty for the rapist who, as such, does not take human life.”* 433 U. S., at 597–598 (plurality opinion) (citation omitted). <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-343.pdf> acesso em 13/11/2016

crime. *It is an established principle that decency, in its essence, presumes respect for the individual and thus moderation or restraint in the application of capital punishment...(...)* ...Our decision is consistent with the justifications offered for the death penalty. Gregg instructs that capital punishment is excessive when it is grossly out of proportion to the crime or it does not fulfill the two distinct social purposes served by the death penalty: retribution and deterrence of capital crimes. See *id.*, at 173, 183, and 187 (joint opinion of Stewart, Powell, and STEVENS, JJ.); see also Coker, 433 U. S., at 592 (plurality opinion) (“A punishment might fail the test on either ground...(...)...The incongruity between the crime of child rape and the harshness of the death penalty poses risks of overpunishment and counsels against a constitutional ruling that the death penalty can be expanded to include this offense.

Para o bem ou para o mal, vive-se hoje na era dos direitos. Toda a maledicência praticada no cotidiano visa o seu desiderato com um mínimo de lastro no ordenamento jurídico constitucional. Desta feita, o direito deve adotar uma visão ampla, rejeitando assim o uso de antolhos. *A interpretação normativa deve ser sempre inteligente, sistemática e, sobretudo teleológica*⁴⁴. Há de se extrair um produto compatível com a Constituição Federal, notadamente em harmonia com os direitos e garantias dispostos no art. 5º da Lei Maior. O Ordenamento Jurídico pátrio não pode mais ser concebido como um sistema fechado de regras, com interpretação estreita. A ideia de proporcionalidade⁴⁵ revela-se não só um importante princípio jurídico fundamental, mas também uma autêntica fonte argumentativa, ao manifestar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito, como também noutras áreas. Em termos de norma, enquanto direito positivo, a proporcionalidade não encontra dispositivo específico na Constituição Federal de 1988. Fato este que não impede de ser deter o caráter de normativo supraconstitucional,

⁴⁴ ... A norma enfeixa um conjunto de providencias protetoras, julgadas necessárias para satisfazer certas exigências econômicas e sociais; *será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.....o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita...*”MAXIMILIANO, Carlos *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 12ª ed. Forense. P. 152

⁴⁵ “Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada²². O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Adin. 3510. Voto Min. Gilmar Mendes.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf> acesso em 13/11/2016

sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶ com saudável e regular habitualidade. Não obstante a isso, diversas normas infra-constitucionais, direta ou indiretamente fazem previsão a proporcionalidade no seu bojo⁴⁷.

Não é incomum que os princípios e regras constitucionais, cheguem ao um nível de estresse ao ponto de gerar uma incompatibilidade momentânea. Em caso de colidência entre eles, entra em cena a proporcionalidade. Ela funcionará como um mediador, onde se buscará atender um princípio de forma prioritária, com um prejuízo mínimo a outro⁴⁸. Da mesma forma deve proceder ao hermeneuta. Para se investigar a existência de algum tipo de desvio/abuso, o interprete deve emitir o seu juízo valor empregando os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, além de estar munido apenas de raciocínio jurídico constitucional. A doutrina jusfilósofa pode ainda não ter encontrado o consenso sobre o que é justiça, contudo, se tem plena visão do que é injusto, ao se repudiar a opressão, o assédio, abusos e desvios de toda a espécie. O estado fundado na justiça⁴⁹ e democracia, deverá garantir as demandas sociais, com a participação efetiva dos indivíduos de modo a se alcançarem as finalidades constitucionais. Remeto novamente ao magistério de John Rawls⁵⁰: “...*Um tipo de ação injusta é a incapacidade, por parte de juízes e outras autoridades, de aplicar a regra apropriada ou de interpretá-la da forma correta...*”

⁴⁶ Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o sumário 34 Art. 2º, caput número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. [RE 365.368 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-5-2007, 1ª T, DJ de 29-6-2007.] = ADI 4.125, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2010, P, DJE de 15-2-2011.

⁴⁷ Art. 8º CPC. Art. 2º Lei 9784/1999 (proc. adm. federal). Art. 2º da Lei 5427/2009 (proc. adm. ERJ)

⁴⁸ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RE 466343-SP-. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008.

⁴⁹ “Justiça, aqui, conota os valores básicos do sistema jurídico e inclui muitas camadas de normas mais concretas. *Decisões sobre justiça não são asserções de preferências pessoais nem são aplicações da moralidade comum. São julgamentos jurídicos fundados nos métodos e fontes de autoridade da cultura profissional.* Isso “justiça” como intercambiável com “mérito jurídico”. O segundo tem a vantagem de nos lembrar de que estamos preocupados com os materiais da análise jurídica convencional; o primeiro tem a vantagem de nos lembrar de que esses materiais incluem muitas normas vagamente especificadas, movidas por aspirações...o advogado deve decidir questões de justiça é que ele deve pensar nelas como se fosse um juiz...” SIMON, William H. A prática da Justiça. Martins Fontes. 2001. P. 213

⁵⁰ Rawls, Jonh. Uma Teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta. Martins Fontes. 2000. p. 238

A SOLUÇÃO PROPORCIONAL

Analisando os dois casos, deve ser reputada como mais adequada a segunda decisão relativa aos jogos olímpicos. Em primeiro lugar deve ser ressaltado que reina a boa fé. Presumir a antisocialidade do público e a propensão para o confronto é refratário com o objetivo e o tipo de público que viaja e paga caro para prestigiar os jogos. Conjecturar sobre a predisposição do público em se envolver nas mais diversas querelas políticas, seria tão falacioso quanto dizer que, por a legislação brasileira não permitir porte armas de fogo, aqui seria mais pacífico, do que os EUA⁵¹, por exemplo. Com tanta aglomeração de pessoas, há uma janela de oportunidades para ataques covardes aos frequentadores. Para preveni-los o Estado deve tomar as precauções adequadas, não só monitorando pessoal, mas nas atividades lícitas que podem encobrir algum plano vil (bancos, venda de produtos químicos...). A atenção dos agentes de segurança deverá ficar centrada na vigilância contra potenciais atos criminosos e não contra indivíduos pacíficos usando itens inofensivos como camisetas, bonés, pequenos cartazes e folhas de papel.

As forças de segurança ao se preocuparem com cartazes contra o governo, um eventual terrorista poderia se valer de um engodo criado pela distração criada por um cartaz, enquanto um comparsa seu sequestraria um dignatário ou plantaria/detonaria um dispositivo explosivo na localidade. Não há o menor indício de proveito útil (*proporcionalidade em sentido estrito*) na proibição de bandeiras e cartazes confeccionados em tamanho padrão, enquanto são negligenciados os mais mezinhos deveres de vigilância. Neste caso, o bem jurídico a ser tutelado deverá se relacionar com a vida, liberdade e se possível patrimônio. Ademais, cartazes e bandeiras sem potencial lesivo físico, se adequam aos padrões de sociabilidade e juridicidade. Mesmo reconhecendo a necessidade de se produzir legislação específica para regular eventos esportivos de tal magnitude, não há propósito jurídico aceitável em se negar a manifestação livre dos telespectadores dos jogos. Até porque, a vedação a liberdade de expressão que aconteceu

⁵¹ “The federal ban on firearms possession applies to any person with a prior misdemeanor conviction for the “use . . . of physical force” against a domestic relation. §921(a)(33)(A). That language, naturally read, encompasses acts of force undertaken recklessly—i.e., with conscious disregard of a substantial risk of harm. And the state-law backdrop to that provision, which included misdemeanor assault statutes covering reckless conduct in a significant majority of jurisdictions, indicates that Congress meant just what it said. Each petitioner’s possession of a gun, following a conviction under Maine law for abusing a domestic partner, therefore violates §922(g)(9). We accordingly affirm the judgment of the Court of Appeals”. US Supreme Court. VOISINE v. UNITED STATES. 569/2016. https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-10154_19m1.pdf acesso em 13/11/2016

na copa do mundo, deixa a porta aberta para que o estado controle o que o povo pode dizer ou pensar. Quem regula a escrita, poderá se sentir a vontade a censurar a fala. Nada mais democrático e significativo do que uma vaia advinda de um estádio cheio.

Toda e qualquer situação concreta tem de ser analisada em perspectiva constitucional, ou seja, de acordo com a sua substância, deixando assim, os ares de legalidade do ato em segundo plano. A vigilância contra os desvios de toda a espécie, proposital ou não, deverá ser permanente. Respeitados os postulados constitucionais, a obrigação das forças de segurança reside primordialmente em atividades de inteligência (prevenção), repressão ao crime, controle de fronteiras⁵² e na constituição de um banco de dados eficiente contendo os suspeitos e potenciais ligações com grupos extremistas. O *estado brasileiro deve prover instituições que coíbam os discursos de ódio, racistas e xenófobos*. Ademais, o poder público deve envidar esforços no compartilhamento multilateral de informações (Interpol⁵³) e não se preocupar com vozes pacíficas dissonantes com o governo de ocasião⁵⁴. O estado fundado na democracia e o direito, deverá garantir as demandas sociais, com a participação efetiva dos indivíduos de modo a se alcançarem as finalidades constitucionais. Desta feita, tomando-se por base todo o contexto fático e as complexidades dos eventos, desproporcional, é direcionar os recursos e

⁵² “1. *Condemns* the violent extremism, which can be conducive to terrorism, sectarian violence, and the commission of terrorist acts by foreign terrorist fighters, and *demand*s that all foreign terrorist fighters disarm and cease all terrorist acts and participation in armed conflict

2. *Reaffirms* that all States shall prevent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents, and through measures for preventing counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents, *underscores*, in this regard, the importance of addressing, in accordance with their relevant international obligations, the threat posed by foreign terrorist fighters, and *encourages* Member States to employ evidence-based traveller risk assessment and screening procedures including collection and analysis of travel data, without resorting to profiling based on stereotypes founded on grounds of discrimination prohibited by international law.

3. *Urges* Member States, in accordance with domestic and international law, to intensify and accelerate the exchange of operational information regarding actions or movements of terrorists or terrorist networks, including foreign terrorist fighters, especially with their States of residence or nationality, through bilateral or multilateral mechanisms, in particular the United Nations resolution 2178/2014”. Security Council. UN. <http://www.un.org/press/en/2014/sc11580.doc.htm> acesso em 15/11/2016

⁵³ <https://www.interpol.int/en/INTERPOL-expertise/Databases> acesso em 15/11/2016

⁵⁴ “The foregoing guidance is offered to assist FBI employees in navigating the often unclear course to select the least intrusive investigative method that effectively accomplishes the operational objective at hand. In the final analyses, the choice of method and balancing of the impact on privacy and civil liberties with operational needs is a matter of judgment, based on training and experience. Pursuant to the AGG-DOM, other applicable law and policies, and this guidance, FBI employees may use any lawful method allowed, even if intrusive, where the intrusiveness is warranted by the threat to the national security or to potential victims of crime and/or strength of the information indicating its existence”. <https://vault.fbi.gov/FBI%20Domestic%20Investigations%20and%20Operations%20Guide%20%28DIOG%29/fbi-domestic-investigations-and-operations-guide-diog-2008-version/FBI%20Domestic%20Investigations%20and%20Operations%20Guide%20%28DIOG%29%20Part%201%20of%205/view> acesso em 15/11/2016

atenções dos agentes estatais para reprimir manifestações pacíficas dos espectadores dos jogos, em franco detrimento de se conferir atenção total as reais ameaças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a globalização o mundo dos negócios ampliou-se de tal maneira ao ponto de Estados soberanos disputarem com outros pares a chance de bancar eventos esportivos organizados por pessoas jurídicas de direito privado. O país sede escolhido pela FIFA ou COI assume compromissos de adaptar a legislação interna as regras ditadas por aquelas entidades particulares, que vão desde isenções fiscais, uso de marca, consumo de álcool até o que os expectadores podem ou não fazer dentro das arenas construídas com dinheiro público, mas administradas por elas.

In casu foram editadas duas leis feitas especialmente para os jogos. O dispositivo em análise refere-se a liberdade de manifestação dos indivíduos dentro dos estádios esportivos. A proporcionalidade constitui importante ferramenta no combate ao arbítrio estatal tendo um caráter universal desenvolvido ao longo dos tempos. Este princípio consiste, principalmente, no dever de não ser impostas, aos indivíduos em geral, encargos ou punições, em medida superior àquela rigorosamente necessária ao acolhimento do interesse público, levando em conta os fatores relativos a adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações estatais para que sejam tomadas decisões contrabalançadas, ponderadas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social. O excesso não beneficia a ninguém. A interpretação normativa deve ser sempre inteligente, sistemática e, sobretudo teleológica. Há de se extrair um produto compatível com a Constituição Federal, notadamente em harmonia com os direitos e garantias dispostos no art. 5º da Lei Maior. Para se chegar a uma solução proporcional, o intérprete tem de passar por três peneiras, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso concreto, a edição de norma coibindo a liberdade de manifestação pacífica é impertinente e perigosa. Como se trata de uma competição entre estados nacionais, a manifestação política é inerente, isto é, seja ela relacionada aos signos nacionais característicos ou com críticas ou elogios ao governo de ocasião. O que não pode ser tolerada é a rixa (art. 137 do CP) e condutas congêneres. As atenções das forças de segurança devem se concentrar nos crimes de maior impacto advindo do gênero

terrorismo. O objetivo primordial dos agentes estatais deve estar relacionado com a integridade física coletiva e não com a vaidade de outrem. É de ressaltar que a própria cerimônia de abertura das Olimpíadas de 2016 teve cunho crítico e político ao trazer sob a bandeira do COI uma delegação de atletas refugiados. Nada mais emblemático do que se protestar contra a guerra na presença das potências que a promovem e a estas só restam engolir a lição a seco e nada mais. Portanto, diante de dois valores constitucionais (liberdade de expressão x segurança pública), perde qualquer sentido de proporcionalidade censurar o telespectador pacífico, enquanto criminosos podem se aproveitar de um ardil para a conclusão de seu ato de vilania.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1 edição. 4ª tiragem. 2009. Saraiva. Capítulos 1, 4 e 5.

_____. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª. Saraiva. Cap. I-VII

BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. *O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana*. Scientia Iuris, Londrina, v.18, n.2, p.171-187, dez.2014.DOI:10.5433/2178-8189. 2014v18n2p171.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª ed. Malheiros. Capítulos 1-5.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 5ª ed. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf acesso em 19/10/2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Saraiva. Capítulos I e II.

EUA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *KENNEDY v. LOUISIANA. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF LOUISIANA* No. 07-343. Argued April 16, 2008—Decided June 25, 2008; modified October 1, 2008. <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-343.pdf> acesso em 13/11/2016

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. Capítulos: VI, VII e XIII

HOBBS, Thomas. *Leviatã. Segunda parte. Capítulo XVII*. Coleção os Pensadores. Nova cultural.

MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. Martins Fontes. Capítulos 5, 7, 9, 10, 15.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 12^a ed. Forense. Capítulos 161-164.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. RT. 2016

MEDITIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. RT. 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros. Cap. I e II. 2015

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Cap. 10. 2012

SIMON, William H. *A prática da Justiça*. Martins Fontes. 2001.