

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

REVISÃO TEÓRICA ORIENTADA AO DIREITO BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHTS:

THEORETICAL REVIEW ORIENTED TO BRAZILIAN LAW

Fausto Santos de Morais
faustosmorais@gmail.com

Recebido em: 07/10/2013
Aprovado em: 06/11/2013

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Constitucionalismo, Direitos Fundamentais e proporcionalidade como dever de proteção. 3. O princípio da proporcionalidade e a tradição jurídica alemã. 4. Origens da proporcionalidade na ordem jurídica brasileira. 5. A proporcionalidade e o movimento doutrinário brasileiro. 6. Conclusões. Referências.

Resumo::

No Brasil pós-Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade é um dos recursos para alcançar a máxima proteção aos direitos humanos fundamentais. Ao refletir sobre essa premissa, o presente trabalho propõe um estudo descritivo direcionado à revisão bibliográfica, apresentando a relação entre a proporcionalidade, constitucionalismo e os Direitos Fundamentais. A inovação científica proposta está em mostrar como a doutrina brasileira se apropriou do princípio da proporcionalidade e quais são os diferentes desenvolvimentos realizados a partir desse conceito.

Palavras-Chave:

Direitos Fundamentais; Constitucionalismo; Princípio da proporcionalidade.

Abstract::

The proportionality principle in Brazil after the 1988 Constitution is one of the resources to achieve maximum protection of fundamental human rights. Reflecting on this premise, this paper has proposed a descriptive study which aims at the literature review, presenting the relationship between constitutionalism, constitutional rights and proportionality. The proposed scientific innovation is to show how the Brazilian doctrine has appropriated the principle of proportionality and which different developments occur from this concept.

Keywords:

Fundamental Rights; Constitutionalism; Proportionality Principle.

1. Introdução

O princípio da proporcionalidade é a expressão da devida proteção aos Direitos Fundamentais. Partindo dessa premissa é que o presente trabalho promove a apresentação do princípio da proporcionalidade como categoria jurídica que impõe ao Estado um dever de proteção aos Direitos Fundamentais – algo que, sem maiores esforços argumentativos, contribui à efetivação dos direitos humanos.

O objetivo deste trabalho é ilustrar a utilização do princípio da proporcionalidade pelo direito brasileiro, indicando autores e caminhos explorados sobre o tema. Para tanto, nada mais crítico, em termos kantianos, que conhecer a extensão conceitual do princípio da proporcionalidade para se ter uma noção mais precisa das suas possibilidades jurídicas como ideal concretizador dos direitos humanos fundamentais. Daí decorre, também, a pertinência do estudo proposto com a temática orientadora da presente revista.

A pesquisa valer-se-á da condição descritiva, revisando a literatura, para apresentar o princípio da proporcionalidade como uma exigência daquilo que se reconhece como constitucionalismo, numa condição de maximização dos Direitos Fundamentais.

Vista a imbricação entre constitucionalismo, proporcionalidade e Direitos Fundamentais, percorrer-se-á a tradição jurídica – especialmente a alemã – para indicar a possível consolidação da noção de proporcionalidade como um *plus* normativo contra possíveis abusos por ação ou omissão do Estado. Ainda, na terceira e quarta etapa deste trabalho, mostrar-se-á como a proporcionalidade ganhou espaço na tradição jurídica brasileira, especialmente sobre as reflexões atuais produzidas pela doutrina jurídica pátria sobre a temática.

2. Constitucionalismo, Direitos Fundamentais e proporcionalidade como dever de proteção

Assumindo o Constitucionalismo como paradigma informativo do direito, principalmente, caracterizando-o pela adoção de um conceito de Constituição forte, em que o Poder Judiciário toma para si o dever de proteção dos Direitos Fundamentais, tem-se como uma tendência o deslocamento a essa arena de inúmeras discussões quanto à (in) efetividade dos direitos.

A diferença imprimida pelo referido conceito forte de Constituição é a previsão de mecanismos jurídicos que fazem da jurisdição constitucional um instituto de garantia e concretização dos Direitos Fundamentais. Conseqüentemente, todo ato de poder somente estará legitimado ao se adequar aos ditames materiais da Constituição, principalmente, à devida proteção aos direitos fundamentais.

Essa tensão entre o agir estatal e a proteção aos Direitos Fundamentais¹ parece estar refletida na discussão metodológica que se inaugurou contemporaneamente, exaltando-se a impossibilidade da metodologia jurídica tradicional – orientada pela subsunção do caso à lei preestabelecida – resolver os conflitos jurídicos sem recorrer a um novo modelo de racionalidade.

Refletindo sobre essa nova exigência, a doutrina alemã é paradigmática no constructo teórico sobre a proteção aos Direitos Fundamentais. Defende ela que o Estado tem a obrigação jurídica de fazer o possível para proteger os Direitos Fundamentais como bens jurídicos que devem ser preservados contra violações e ameaças antijurídicas (HESSE, 1998, p. 278).

O que aqui pode ser chamado de doutrina da proteção não se restringe tão somente aos tradicionais direitos liberais negativos de proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas assume a condição ambivalente de um postulado de proteção (*Schutzgebote*).

Ou seja, o Estado deve desenvolver meios para proteger os Direitos Fundamentais de tal forma que atos públicos e particulares sofram uma filtragem constitucional, garantindo a declaração de sua nulidade sempre que contrariem os seus comandos. Nessa condição, institui-se tanto a proibição do excesso (*Übermassverbot*) como a proibição de omissão (*Untermassverbot*) (MENDES, 2000, p. 209). Essas duas concepções decorrem daquilo que teoricamente se convencionou chamar de princípio da proporcionalidade.

Antes disso, Mendes que o dever de proteção envolveria: dever de proibição (*Verbotspflicht*) de uma determinada conduta; dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), protegendo os direitos do cidadão mediante instrumentos que coíbam atos de terceiros; dever de evitar riscos (*Risikopflicht*) protegendo o cidadão por medidas preventivas quanto ao desenvolvimento tecnológico (MENDES, 2000, p. 210).

No alerta de Streck, seria uma característica própria do Estado Democrático de Direito a consideração dos Direitos Fundamentais como normas constitucionais, pelas quais, a moral institucionaliza-se no

1. Assume-se aqui a tese da vinculação à Constituição. Melhor dizendo, que os atos do Estado devem guardar a devida referência e vinculação às normas constitucionais, tese essa, notoriamente advogada por Canotilho no seu modelo de Constituição dirigente. (CANOTILHO, 2001).

Direito, indicando ideais de vida boa, garantidos mediante um aparato de instrumentos processuais próprios a favorecer a sua concretização através da jurisdição constitucional, caracterizando um *plus* normativo (STRECK, 2009, p. 172). Assim, verificada violação aos Direitos Fundamentais, seja por ação ou omissão do Estado numa relação direta com os cidadãos ou indiretamente,² ao protegê-los nas suas relações privadas, nasce a pretensão do cidadão de ter o seu direito efetivado.

Nesse contexto, a atuação ou omissão do Estado – aqui considerado nos seus mais diversos órgãos – seja por atos de seus próprios agentes ou de cidadãos, implica a assunção de efetivar o dever de proteção (*Schutzpflicht*), que nada mais é do que reconhecer a condição compromissória e dirigente da Constituição. Assumiu-se um compromisso com os Direitos Fundamentais, inclusive, dotando o sistema jurídico de instrumentos processuais apropriados que garantam essa concretização através do Poder Judiciário, tomando os Direitos Fundamentais como compromissos que dirigem o Estado e a Sociedade. Como já anunciado, esse dever de proteção implica a análise indicada contemporaneamente pelo princípio da proporcionalidade.

3. O princípio da proporcionalidade e a tradição jurídica alemã

Como surgiu a noção do princípio da proporcionalidade? Responder essa pergunta não é algo simples. Há aqueles que entendem que a noção de proporcionalidade sempre esteve presente na cultura ocidental. Corroborando esse raciocínio, Aristóteles poderia ser considerado o filósofo que pensou a importância da proporcionalidade para a justiça.

O filósofo de Estagira entendia que a virtude seria a maneira de obter o bem último da vida: a felicidade. Entre as virtudes morais ou éticas requeridas por Aristóteles, a justiça (distributiva) seria aquela destinada ao homem livre. Para tanto, conceber esse tipo de justiça implicaria identificar os seus três elementos compositores: a) finalidade; b) mérito; e, c) justa-medida (SANDEL, 2011, pp. 231-243).

A felicidade poderia ser obtida, assim, dando a cada um aquilo que lhe fosse devido de forma justa³. Essa fórmula, notoriamente conhecida como requerimento isonômico, representa a justa distribuição de bens

2. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a construção doutrinária possui um imperativo de tutela de proteger os Direitos Fundamentais do cidadão nas suas relações privadas. Sinteticamente, proteger um cidadão do outro. (CANARIS, 2006, p. 58). O efeito horizontal dos Direitos Fundamentais já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, podendo ser identificado como um marco da irradiação das normas constitucionais ao direito privado tanto quanto o dever de proteção que elas demandam mesmo nas relações privadas entre os cidadãos.

3. Nesse sentido, afirma Aristóteles: "A justiça particular (...) é exercido na distribuição de honra, riqueza e os demais ativos divisíveis da comunidade, os quais podem ser atribuídos entre seus membros em porções iguais e desiguais" (ARISTÓTELES, 2007, p. 30).

na sociedade. Distribuir bens, nesse sentido, implicaria reconhecer a finalidade das coisas, destinando-as àquelas pessoas que apresentam a qualidade necessária para alcançar o dito fim. Ou seja, reclamar-se-ia o mérito do exercício dos melhores meios – medidas – à realização do fim. Qual a relação disso com a proporcionalidade? Aristóteles vai dizer que “pode haver excesso, deficiência e a devida mediania nas ações” (ARISTÓTELES, 2007, pp. 20-25), sendo virtude o “estado mediano no sentido de ela é apta a visar à mediania” (ARISTÓTELES, 2007, p. 25). A mediana, justa-medida, implicaria um equilíbrio, na devida proporção ou a proporcionalidade, como ponto em que não se estaria nem pecando por excesso ou por deficiência.

Dando um salto durante alguns séculos, a noção de proporcionalidade novamente foi paradigmática para indicar a relação de equilíbrio entre a conduta criminosa e a sua punição. Deveria a punição não ser excessiva ou desproporcional à lesividade da conduta criminosa. O idealizador dessa condição foi Beccaria. Filósofo do século XVIII, encampou a necessidade de atitude sábia (ou justa) do legislador no estabelecimento das penas. A distribuição de penas deveria ser proporcional ao delito não se admitindo que os menores castigos fossem aplicados aos maiores crimes, e vice-versa (BECCARIA, 2003, pp. 84-85).⁴

Mais próxima ao sentido atual do princípio da proporcionalidade, a história do direito atribui ao direito prussiano, mais precisamente no contencioso administrativo, a ascensão da noção como forma de ampliar a proteção aos direitos dos cidadãos frente ao exercício de poder do estado.

A proporcionalidade teria servido para controlar os atos do Estado, mesmo que amparados pela legislação. Em 1794, havia na Prússia a vigência do *Allgemeines Landrecht*, lei que, no seu artigo 10 (2), autorizava o governo a utilizar os poderes necessários para manter a ordem pública. O dispositivo legal fazia referência a um dos elementos hoje conhecidos como submáximas da proporcionalidade, qual seja: necessidade. Poderia o Estado utilizar as medidas necessárias para atingir a paz, segurança e ordem pública. Essa noção de necessidade teria como consequência jurídica a complementação do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) impondo limites às ações governamentais ao mesmo tempo em que ampliava o grau de liberdade dos cidadãos (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, pp. 13-14). Assim, qualquer intervenção estatal nos direitos individuais,

4. Beccaria parece reclamar, por meio da sua crítica, a correlação entre os delitos e as penas, considerando qual conduta seria a mais gravosa ao bem público. Assim, a referência seria a idealização de uma determinada exigida à sociedade. (BECCARIA, 2003, pp. 84-85).

além de dever ser clara de acordo com os dispositivos legais, deveria ser considerada necessária para atingir a finalidade requerida.

A exigência do Estado de Direito e da necessidade (de proporcionalidade até então) deveria encontrar ressonância num órgão institucional apto a lhes dar força normativa. É sobre isso que os autores vão chamar a atenção. Vão ressaltar, portanto, que em meados do século XIX, o liberalismo alemão passou a buscar o apoio institucional do Poder Judiciário para controlar os atos do Estado. Logo, a Suprema Corte Administrativa da Prússia passou a revisar os atos do Estado no período de 1882 a 1914, fazendo intenso uso da proporcionalidade (pelo viés da necessidade) como maneira de aferir a legitimidade da atuação estatal em intervenções sobre aspectos sociais e econômicos (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, pp. 15-16). Um exemplo disso foi a decisão da Corte Administrativa no caso *Kreuzberg*, 1882, em que foi determinada a invalidez da ordem da cidade de Berlim sobre construções que inviabilizassem a vista sobre monumentos nacionais, e a atuação do Estado somente seria necessária no caso de prevenção ao perigo público. O que se pretendia impedir, com o julgamento, seria a imposição de uma concepção estética da cidade pelo Estado (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 16)⁵.

Com efeito, Grimm indica que a utilização da proporcionalidade na ordem jurídica prussiana se dava em decorrência da necessidade de controle do poder discricionária conferido às autoridades prussianas, com o intuito de proteção à liberdade e à propriedade em casos em que existiam expressões vagas no direito positivo. Nesse sentido, além da legislação, a proporcionalidade se serviria como um requisito adicional para legitimar a ação estatal por meio do seu poder de polícia (GRIMM, 2007, p. 387).

É também à tradição jurídica prussiana que Pulido vai identificar a gênese do princípio da proporcionalidade. Diz o autor que o Estado de Polícia prussiano somente poderia agir considerando que as intervenções feitas à liberdade dos cidadãos deveriam ser legítimas. Para tanto, essa legitimidade era aferida com vista à intensidade da intervenção e ao alcance dos objetivos pretendidos (PULIDO, 2007, p. 47). A consequência seria que somente algumas intervenções do Estado na esfera individual – de liberdade do cidadão – poderiam ser consideradas como justificadas. Nesse sentido, Pulido afirma que a noção de idoneidade (conhecida como submáxima da adequação) ganharia lugar

5. Os autores ainda fazem referência ao fato de que as democracias sociais somente poderiam restringir direitos fundados em questões concretas. Isso porque, a proteção à ordem pública como fim último de um ato estatal deveria estar fundada em condições reais, e não em meras presunções. Nesse sentido, foi a decisão tomada pelo tribunal administrativo prussiano que vedou o banimento da peça *The Weaver* sob o argumento de promover, junto com o consumo de álcool, distúrbio à ordem pública. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 16). Talvez, especula-se, o consumo desmedido de álcool, por si só, já sirva para contribuir ao distúrbio à ordem pública (*sic*).

quando o ato praticado perseguisse os fins relevantes da comunidade (PULIDO, 2007, p. 47). Assim, ao longo do tempo, a noção teleológica de legitimidade dos meios diante dos fins consolidou-se na categoria do princípio da proporcionalidade que, no direito público prussiano, ganhou a significação de proibição do excesso (PULIDO, 2007, p. 47).

Ainda no século XIX, o princípio da proporcionalidade passou a ser conhecido em grande escala no Direito Administrativo Alemão, fazendo com que qualquer exercício do poder político devesse guardar relação de proporcionalidade, servindo para anular as medidas coercitivas que interviriam excessivamente nos direitos individuais. Com o passar do tempo, esse princípio passou a ser utilizado pelos órgãos que exercem a jurisdição sobre as questões do Direito Administrativo, principalmente sobre aqueles atos qualificados juridicamente como discricionários da administração pública (PULIDO, 2007, p. 48). Além da noção de proporcionalidade, o direito alemão também viu crescer, paralelamente, a concepção de balanceamento: a segunda estava associada ao desenvolvimento do direito privado, enquanto a primeira ao direito público (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 16).

Ao apresentar o princípio da legalidade administrativa no direito comparado europeu, em especial no Direito Administrativo Alemão, Correia reporta que o princípio da proporcionalidade deve ser concebido como constituidor de um conjunto de parâmetros jurídicos ínsitos ao exercício da discricionariedade administrativa (CORREIA, 1987, p. 77). Isso porque o Parlamento, como símbolo maior da democracia, passou a conceder à Administração elementos flexíveis para o exercício do poder na consecução dos fins do Estado. Com isso, seria possível identificar uma tendência de utilização de conceitos indeterminados e discricionariedade de decisão. Nesses dois casos, o administrador teria a possibilidade de exercer a sua discricionariedade de escolha (CORREIA, 1987, p. 110). Todavia, o exercício desse poder discricionário pelo poder administrativo não poderia se desviar das suas finalidades, podendo o tribunal “verifica(r) se o conteúdo do acto extravasou das alternativas que a lei deixa à escolha do órgão ou agente (*Ermessensüberschreitung*) e se houve desrespeito pelo fim do poder discricionário (*Ermessensmissbrauch*)” (CORREIA, 1987, p. 113). Como sustenta Correia, a proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) passou a ser utilizada como elemento apto para verificar a violação dos Direitos Fundamentais previstos pela Constituição Alemã (CORREIA, 1987, p. 114)⁶.

6. Afirma o autor, corroborando sua posição, que a proporcionalidade ao representar a relação entre meio e fim, procura controlar os atos estatais em quatro planos: 1) determinação do fim a prosseguir; 2) juízo de aptidão ou adequação do meio adotado; 3) indispensabilidade do meio adotado; 4) equilíbrio entre meio e fim. O quarto plano implicaria no “sopesar os interesses públicos relativos prosseguidos pelo acto com os interesses públicos privados protegidos por direitos fundamentais que ele atinge, partindo do princípio de que, quanto mais intensa for a agressão a estes últimos interesses, tanto mais poderosos precisam ser os interesses públicos perseguidos”. (CORREIA, 1987, p. 115).

Interessa saber quais teriam sido as primeiras e principais decisões em que a proporcionalidade foi utilizada como *ratio decidendi*. Assim, Grimm afirma que a proporcionalidade teve uma das suas primeiras referências, sem qualquer explicação do seu conteúdo, na possibilidade dos Estados limitarem direitos em caso de emergência, desde que estivessem adstritos ao limite do absolutamente necessário, *BVerfGE* 1, 167 at 178 (1952). Outra decisão que fazia referência à proporcionalidade envolveria a discussão sobre a eleição no caso *Nordrhein-Westfalen*, *BVerfGE* 3, 383 at 399 (1954) (GRIMM, 2007, p. 385).

A decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, que é referida no mundo todo como paradigma do modelo de Estado de Direito Pós-Segunda Guerra (BOMHOFF, 2008, p. 122)⁷, e dos efeitos horizontais dos Direitos Fundamentais, é a proferida no caso conhecido como Lütth, *BVerfGE* 7, 198. Numa Reclamação direcionada ao Tribunal Federal Constitucional se postulava a reforma das decisões que condenaram Erich Lütth a uma prestação negativa (deixar de fazer boicote ao filme de Veit Harlan, cineasta que lançou em 1941 o filme “*Jud Süß*” que incitava a violência praticada contra o povo judeu) (SCHWABE, 2005, p. 381). O fundamento teria sido o § 826 BGB (CANARIS, 2006, p. 154)⁸. Lütth alegava que as decisões infringiam o seu direito à liberdade de expressão do pensamento, garantido pelo texto constitucional.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão entendeu que a referência “aos bons costumes” deveria ser lida mediante o sopesamento frente ao direito de liberdade de expressão do pensamento. Portanto, a convocação para o boicote, feita por Lütth, estaria justificada constitucionalmente (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 112)⁹. Desse modo, a Lei Fundamental Alemã, no seu artigo 5º, não protegeria apenas a expressão da opinião como tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão (SCHWABE, 2005, p. 382).

Alexy afirma que a decisão no caso Lütth teria sido inauguradora da limitação metodológica da subsunção como forma de resolução dos problemas que envolviam os Direitos Fundamentais. Isso porque o Código Civil Alemão levaria à limitação de um direito fundamental – liberdade de opinião, exigindo a necessidade de sopesamento entre princípios constitucionais colidentes. O resultado do sopesamento teria implicado a primazia da liberdade de opinião diante dos princípios em sentido contrário (ALEXY, 2007, p. 107). Ainda para Alexy, a decisão teve parcela determinante para a concepção dos Direitos Fundamentais

7. Entende o autor que a partir da decisão no caso Lütth houve um aumento significativo de tribunais que passaram a utilizar a linguagem do sopesamento judicial para justificar as decisões sobre Direitos Fundamentais.

8. O dispositivo legal tem a seguinte referência: “Lesão dolosa contra os bons costumes. Quem causar dolosamente danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indenizá-los”.

9. Dimoulis e Martins afirmam que imperou a teoria do efeito horizontal mediato dos Direitos Fundamentais. Ou seja, que os juízos quanto à aplicação de cláusulas gerais demandaria considerar o efeito horizontal dos Direitos Fundamentais. Referem Dimoulis e Martins que “os direitos fundamentais só produzem efeitos para as relações jurídicas de direito privado mediante normas e cláusulas gerais que oferecem verdadeiras “portas de entradas” (*Einbruchsstellen*) para o direito constitucional no direito privado”. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 112) Esclarecem os autores, ainda, que existe posicionamento em ambos os lados da corrente mediata ou imediata quanto à aplicação dos efeitos horizontais dos Direitos Fundamentais.

10. O cerne da discussão seria a possibilidade do Estado restringir o exercício da liberdade de profissão na regulamentação das profissões. Isso porque, a Lei Fundamental previa no artigo 12, I, que todos possuem o direito livre de escolher a profissão, prevendo, ainda, cláusula de restrição legal. No caso em discussão, a restrição ao exercício da atividade de farmacêutico veio prevista pelo artigo 3º da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera, que exigia a permissão ao exercício profissional de acordo com o interesse público. A análise, portanto, da limitação do direito por interesse público envolveria requisitos como: a) limitação adequada; b) intervenção mínima possível no direito fundamental atingido; c) proporcional ao fim almejado; d) grau de intervenção mais sutil possível. (SCHWABE, 2005, p. 596). Resumindo o julgamento, Schwabe refere que: "O legislador deve estatuir regulamentações, segundo o Art. 12 I 2 GG, respectivamente no 'degrau' que traga consigo a menor intervenção possível na liberdade da escolha profissional, e só seguir ao próximo 'degrau' quando, com elevada possibilidade de concretização, se puder demonstrar que os perigos temidos não possam ser eficazmente enfrentados com os meios (constitucionais) do 'degrau' imediatamente anterior." (SCHWABE, 2005, p. 611).

11. Schwabe apresenta breve síntese do caso: "O reclamante, um almirante aposentado de 76 anos de idade é acusado de homicídio doloso qualificado (*Mord*). Pesa-lhe a acusação de, em 1944, como adido naval da

como princípios jurídicos, bem como a exigência de sopesamento de bens nesses casos (ALEXY, 2007, p. 108).

Grimm entende que outro posicionamento paradigmático teria sido marcado com o proferimento da decisão *BVerfGE* 7, 377 (1958) [*Apothekenurteil*], na medida em que esta foi a primeira a detalhar de maneira mais explícita o que requeria o princípio da proporcionalidade, dando alguns indicativos do seu conteúdo (GRIMM, 2007, p. 384). O que se colocava em jogo era a possibilidade do exercício da atividade de farmacêutico diante da negação de alvará com base em lei Bavária para o setor farmacêutico (SCHWABE, 2005, p. 593). Nessa decisão, identificam-se condições exigidas pela proporcionalidade que, no futuro sistema dogmático de Robert Alexy, seriam identificadas como submáximas do princípio da proporcionalidade.

Destaca-se, com efeito, a referência à ponderação de bens jurídicos e adoção de medidas que menos restringissem os Direitos Fundamentais. A decisão indicava a necessidade de análise entre os graus de intensidade na intervenção (satisfação) dos Direitos Fundamentais¹⁰. Em outra decisão, também envolvendo a liberdade profissional, *BVerfGE* 13, 97 (*Handwerksordnung*), colocou-se em xeque o Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício (1953), que determinava uma série de requisitos não cumpridos por um artesão de relógios que desde 1934 exercia esta profissão. No caso, a teoria dos graus de intervenção (*Stufentheorie*) (SCHWABE, 2005, p. 593) para análise da proporcionalidade, conforme visto na decisão *Apothekenurteil*, também serviu de fundamento para determinar como exagero os requisitos exigidos para a profissão de artesão de relógio (SCHWABE, 2005, p. 596).

De acordo com o referencial teórico investigado foi possível até o presente momento apresentar as decisões do Tribunal Constitucional Alemão qualificadas como paradigmáticas para o estudo da temática. Deste ponto em diante, aproveitar-se-á das decisões referenciadas por Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

A decisão proferida com a *BVerfGE* 19, 342, (*Wencker*), justificaria a noção do princípio da proporcionalidade como própria essência dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008, p. 177). No caso, um almirante (*Wencker*)¹¹ promoveu Reclamação Constitucional contra ordem de prisão preventiva, indicando haver tensão entre direito do indivíduo à liberdade pessoal e as inegáveis necessidades de uma efetiva persecução penal. O resultado serviu para afastar as decisões quanto à prisão provisória,

visto que as limitações à liberdade deveriam estar baseadas em situações necessárias e adequadas (SCHWABE, 2005, p. 312)¹².

Um dos casos exemplares indicado por Alexy que denuncia a utilização da proporcionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão seria a decisão *BVerfGE* 35, 202 (*Lebach*) (ALEXY, 2008, p. 167)¹³. O caso envolvia a exibição de documentário sobre o crime de latrocínio praticado em 1969, no lugarejo de *Lebach*, em que quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram brutalmente assassinados e outro, gravemente ferido. Os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, e o auxiliar na preparação criminosa a seis anos de prisão (SCHWABE, 2005, p. 487).

A pretensão do canal de televisão era apresentar documentário em que as fotos e os nomes dos condenados eram apresentados para posterior representação por atores das circunstâncias do crime, perseguição e prisão. Além disso, o documentário expunha pormenores da relação entre os condenados, inclusive, expondo ao público as ligações homossexuais entre eles (SCHWABE, 2005, p. 487).

A Reclamação Constitucional promovida pelo coadjuvante no crime foi interposta contra decisões dos tribunais que negaram a liminar para proibição da transmissão do programa. O Tribunal Federal Constitucional entendeu que no caso estar-se-ia diante de uma violação ao direito de desenvolvimento da personalidade, sendo justificada, portanto, a intervenção no direito de liberdade de radiofusão pela proibição da transmissão.

No caso concreto, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, a informação com o nome, foto ou identificação do criminoso nem sempre seria permitida, principalmente considerando o tempo ilimitado de exibição da notícia que expusesse a pessoa do criminoso e sua vida privada (SCHWABE, 2005, p. 488). A reclamação foi julgada procedente, entendendo que o “dano causado à ‘personalidade’ por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre” (SCHWABE, 2005, p. 492).

Relativo à apresentação da máxima da proporcionalidade e à indicação das submáximas, Alexy enuncia a decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão no caso *BVerfGE* 38, 281 (*Arbeitnehmerkammern*) (ALEXY, 2008, p. 119). O caso envolvia a discussão sobre a validade de leis dos Estados-Membros de Bremen e Saarland que obrigavam a filiação de todos os empregados às Câmaras dos Empregados (*Arbeitnehmerkammern*).

embaixada alemã em Tóquio, ter dado a ordem de, no caso de auto-afundamento do navio, deixar afundar com o navio os presos que respondiam a inquérito e que, capturados após rompimento de bloqueio, haviam sido embarcados para a Alemanha”. (SCHWABE, 2005, p. 311).

12. O posicionamento do tribunal constitucional foi o seguinte: “Uma solução razoável desse conflito entre dois princípios de igual importância para o Estado de direito somente pode ser encontrada se, do ponto de vista da persecução penal, se opuser sempre às limitações de liberdade que pareçam necessárias e adequadas, como corretivo, a pretensão à liberdade do acusado ainda não condenado”. (SCHWABE, 2005, p. 312). Não se verificava no caso a necessidade eis que o acusado não oferecia perigo à instrução penal.

13. Inclusive, esse caso é estereotipado para demonstrar a metodologia da máxima da proporcionalidade, mais precisamente, a primeira lei de sopesamento: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro.

Considerando a presunção de liberdade fundamental e a prerrogativa de livre associação, não poderia o cidadão ser coagido à filiação obrigatória por pessoas jurídicas desnecessárias (SCHWABE, 2005, p. 247)¹⁴.

A decisão proferida ao julgamento da *BVerfGE* 30, 173 (*Mephisto*) indicou a colisão entre o direito de liberdade artística e o âmbito de proteção de liberdade. Não sendo possível dizer que houvesse violação ao direito de liberdade artística, manteve-se a decisão que proibiu a editora de publicar o livro “Mefisto – romance de uma carreira” de Klaus Mann. Isso porque o principal personagem do livro, para os leitores de Klaus Mann, era inspirado em Gustav Gründgens. Assim, o filho adotivo de Gründgens obteve a proibição com justificção na violação da honra pessoal, imagem e reputação social ao ator falecido, pois descrevia a renegação da convicção política, deixando para trás as suas relações humanas e éticas para fazer sucesso artístico em apoio ao regime nazista (SCHWABE, 2005, p. 247)¹⁵.

O julgamento *BVerfGE* 90, 145 (*Cannabis*) foi em Reclamação Constitucional a qual questionava a tipificação penal da aquisição e o porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. Haveria no caso colisão entre o direito de liberdade e a proteção do bem jurídico sanção penal, sendo, juridicamente, equivalente o grau de intervenção com a satisfação obtida (SCHWABE, 2005, p. 250). Restava, portanto, analisar a condição epistêmico-empírica da adequação e necessidade, o que, na visão de Alexy, implicaria o reconhecimento da discricionariedade do legislador (ALEXY, 2008, p. 620).

Ainda, na decisão *BVerfGE* 95, 173 (*Tabakwarnhinweise*) o tribunal entendeu que os avisos sobre os riscos de fumar, como “fumar causa câncer” ou “fumar causa impotência sexual”, não violariam a liberdade do exercício profissional diante do bem comum e da proporcionalidade, se “o meio escolhido para alcance do propósito almejado for adequado e também necessário e se, junto à ponderação geral entre o gravame da intervenção e o peso das razões que as justificarem, for observado o limite da exigibilidade” (SCHWABE, 2005, p. 625).

Alexy usa a decisão para dizer que haveria casos em que a intervenção aos Direitos Fundamentais poderia ser considerada como moderada. O motivo seria que o conhecimento médico atual sustentava que fumar causaria câncer e doenças cardíacas e vasculares, fazendo com que os avisos nas embalagens de cigarros fossem uma intervenção leve diante do grau de importância (ALEXY, 2008, p. 595).

14. Somente se justificaria a obrigatoriedade de associação ao grupo de cidadãos cuja profissão exige determinadas condições técnicas, que podem afetar a coletividade, e que deveriam portanto ser fiscalizadas por órgão competente.

15. Schwabe descreve que houve divergência na decisão, havendo votos a favor e contra a reclamação. Assim, ora prevalecia a liberdade artística, ora a proteção da personalidade, o que, por determinação normativa daquele órgão implicaria reconhecimento da validade das decisões atacadas. (SCHWABE, 2005, p. 247).

Nesse aspecto específico, forma-se a matéria-prima para apresentar a influência que a noção de proporcionalidade, desenvolvida na Alemanha pelo *Bundersverfassungsgericht* e teorizada por juristas alemães, tem no pensamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento de tal discussão é o que será feito a seguir.

4. Origens da proporcionalidade na ordem jurídica brasileira

A tradicional referência histórica entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e o princípio da proporcionalidade é o julgamento do RE 18.331, em 1951. Nesse julgado foi discutida a possibilidade de o Município de Santos majorar o imposto de licença incidente sobre cabines de banhos.

Em sua fundamentação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tributos são cobrados para manter a população viva. Esta seria a sua finalidade. Não poderia, pois, haver tributos que tornassem incompatíveis o exercício da liberdade de trabalho, comércio, indústria e direito à propriedade. Também buscou fundamentos na doutrina do desvio do poder (“*detournement de pouvoir*”), para afirmar a inconstitucionalidade, já que “(seria) um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, ao excesso, ao desvio, aplicável, ainda aqui a doutrina do “*detournement de pouvoir*” (MENDES, 2001, p. 4).

Interessa consignar que o Supremo Tribunal Federal afirma que a decisão sobre a constitucionalidade ou não estaria fincada “no plano dos princípios e no terreno da prática”. Mesmo assim, a decisão foi no sentido de que o tributo seria constitucional, pois os problemas alegados pelo contribuinte derivariam de contratos particulares os quais oneravam a sua atividade, e não dos tributos exigidos em si.

Pelo HC 45.232, julgado em 1968, foi considerada a exorbitância dos efeitos da condenação imposta pela Lei de Segurança Nacional, cuja ordem seria para impedir que qualquer acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional pudesse desempenhar atividade profissional ou privada – previsão do artigo 48 do Decreto-lei nº 314/67. Segundo Mendes, teria o Supremo Tribunal Federal entendido que a restrição revelava-se desproporcional, afrontando o direito à vida (MENDES, 2001, p. 5)¹⁶.

16. Também é identificado pelo autor o substrato da proporcionalidade no julgamento proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral que reconheceu a inconstitucionalidade da lei que tornava inelegível qualquer cidadão que tivesse sido denunciado pela prática de crime. A decisão foi pela incompatibilidade com a presunção de inocência, numa interpretação da integração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão/1948 através do dispositivo 153, § 36 da Constituição de 1967/69. O Supremo Tribunal Federal reformou a decisão entendendo ser legítima – proporcional, a restrição instituída pela lei (MENDES, 2001, p. 5).

No ano de 1976, o Supremo Tribunal Federal apreciou a intervenção do legislador na regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis conforme competência que lhe fora outorgada pelo artigo 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O assunto foi trazido pelo julgamento da Representação nº 930/DF. A decisão deu-se no sentido da inconstitucionalidade por falta de razoabilidade (BARROS, 2000, p. 110)¹⁷.

Pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Representação 1.077, proferida em 1984, fixou-se o entendimento quanto à necessidade de equivalência razoável entre o valor cobrado por taxa judiciária no Estado do Rio de Janeiro com o custo real dos serviços e a capacidade contributiva do contribuinte (STUMM, 1995, p. 90).

A ADI 855-2 de 1993 questionava, diante do Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da lei que determinava a pesagem em caminhão de entrega de GLP. Para o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, a lei seria inválida por ofensa ao princípio da razoabilidade, uma vez que haveria impraticabilidade na pesagem obrigatória pelos caminhões de distribuição de GLP (BARROS, 2001, p. 119). Conforme sustenta Mendes, teria o Supremo Tribunal Federal feito um juízo sobre a inadequação da medida frente aos seus duvidosos efeitos úteis diante do ônus imposto aos particulares e fins perseguidos pela norma de conteúdo restritivo (MENDES, 1998, p. 79).

Ainda, outra decisão largamente reconhecida como instrumento para consolidação do princípio da proporcionalidade – com sua significação de razoabilidade (BARROS, 2001, p. 83)¹⁸ – foi proferida nas ADIs nº 966-4 e 958-3 (1994). Essas decisões examinavam as restrições impostas aos partidos políticos para o lançamento de candidatos, em que fatos passados, conhecidos do legislador, teriam sido utilizados como fundamentos para criar impedimentos futuros.

De igual forma, mais duas decisões são indicadas como históricas na tradição do princípio da proporcionalidade no Brasil. A primeira diz respeito ao pedido de suspensão de segurança por decisão que declarou ilegítima a norma regulamentar limitadora da quantidade de cigarros em um maço ou pacote de cigarro. O Supremo Tribunal Federal entendeu pela irrazoabilidade da decisão proferida a partir do princípio da proporcionalidade. Tal posicionamento teria suporte na adequação da medida, visto que poderia haver incremento na arrecadação independente de risco à economia. No que concernia à saúde pública, entendeu-se

17. A decisão surpreende por fazer referência ao jurista argentino Fiorini, colocando como condição ao exercício do poder de polícia do Estado uma atuação razoável. Isso envolveria que a limitação deveria ser justificada, que o meio deveria ser adequado ao fim desejado, meio e fim devem ser proporcionais e todas as medidas devem ser limitadas. Assim a razoabilidade implicaria na justificação, adequação, proporcionalidade e restrição das normas sancionadas. (BARROS, 2000, p. 110).

18. Aliás, a referida Lei nº 8.173/93, no seu artigo 5º, entre outras questões, dispôs que apenas os partidos que contivessem representantes titulares na Câmara dos Deputados em número mínimo poderiam apresentar candidatos à Presidência e Vice da citada casa.

que a medida não era adequada para esse fim. Ao contrário, a própria limitação seria base para o consumo (as pessoas fumavam tendo como limite a quantidade de carteiras) dos usuários (MENDES, 2001, p. 18).

Na verdade, a segunda decisão seria um posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA em ações para determinação de paternidade. Não seria razoável, nem proporcional, exigir que o pai presumido pela geração da criança durante a constância do casamento se submetesse ao exame. Entende Mendes que, nesse caso, a utilização da proporcionalidade seria como regra de ponderação entre direitos em conflito, destacando-se a existência de outros meios de prova idôneos e menos invasivos ou constrangedores (MENDES, 2001, p. 19).

Se essas são as decisões do Supremo Tribunal Federal que se destacam histórica e originalmente na utilização e consolidação do princípio da proporcionalidade como análise de possíveis abusos legislativos contra Direitos Fundamentais, interessa, ainda, observar o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o assunto. Esse será o desafio da próxima seção.

5. A proporcionalidade e o movimento doutrinário brasileiro

O princípio da proporcionalidade tem sido concebido hodiernamente como referência teórica à aplicação dos Direitos Fundamentais. Ao investigar as decisões do Supremo Tribunal Federal, foram identificados trabalhos teóricos de juristas cujos estudos permeiam essa temática e, conseqüentemente, são referenciados na jurisprudência. Assim, o objeto da presente seção é apresentar esses autores como forma de consolidar a hipótese aventada de recepção do princípio da proporcionalidade pela ordem jurídica brasileira¹⁹.

Ao se analisar a primeira década após a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se que o princípio da proporcionalidade vem associado à noção dos limites de atuação da legislação no exercício do seu poder regulamentador. Logo, proporcional significaria que o legislador teria atuado dentro dos limites implícitos (ou imanentes) dos Direitos Fundamentais consagrados no texto constitucional.

É nesse sentido, por exemplo, que o princípio da proporcionalidade ganha trato doutrinário como construção dogmática apta a indicar os

19. Corroborando essa recepção Dimoulis e Martins afirmam que a ideia jurídica de proporcionalidade desenvolvida originalmente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão teria sido recepcionada em várias partes do mundo – condição apresentada nesse capítulo –, e que, por meio de determinação pelos países da Península Ibérica, mas não exclusivamente por eles, foi recepcionada no Brasil. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 176).

20. O trabalho da autora partiu da premissa pela qual a Constituição conteria um conjunto de normas abertas, exigindo da interpretação a tarefa de ordenar possíveis contradições valorativas. Isso porque, haveria no texto constitucional valores expressados na forma de princípios que, diante do caso concreto, poderiam implicar conflitos. Assim, a forma de resolução desses conflitos (agora, entre direitos e bens jurídicos) se daria mediante o princípio da proporcionalidade. Tal princípio seria a forma propícia para calcular e dar previsibilidade à realização do conteúdo da norma constitucional de natureza aberta, adequando-as às necessidades do caso concreto. Assim, a proporcionalidade serviria para resguardar o núcleo essencial dos direitos ou bens jurídicos por ela tutelados. (STUMM, 1995, 67). Steinmetz propõe reflexão muito similar (2001).

21. Advoga Canotilho que os vícios poderiam ser de duas categorias: a primeira, quando o uso do poder legislativo impusesse soluções que violassem regras e princípios constitucionais – igualdade, proibição do excesso, direitos, liberdades e garantias; segunda, pela irrazoabilidade da lei, captada mediante manifestações de inconseqüência, incoerência, ilogicidade, arbitrariedade, contraditoriedade, falta de bom senso ou consciência ética-jurídica comunitária. (CANOTILHO, 2003, p. 1320).

22. Noção compartilhada por Buechele (1999, p. 146) e Mendes (2009, p. 363).

limites das restrições impostas pelo legislador aos Direitos Fundamentais. (STUMM, 1995, pp. 15-17)²⁰ O posicionamento de Canotilho sobre a sindicabilidade do excesso ou desvio do poder legislador possui espaço na tradição brasileira. Desse modo, poderia o judiciário fazer o controle dos vícios de mérito legislativo (CANOTILHO, 2003, p. 1320)²¹. Em especial, a doutrina pátria adotou como marco teórico para compreender essas questões a proposta desenvolvida por Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Portanto, o grupo formado por juristas como Gilmar Mendes, Wilson Antônio Steinmetz, Suzana de Toledo Barros e Raquel Denize Stumm podem ser identificados como aqueles que, por influência de Alexy, discutiram a proporcionalidade das medidas restritivas de Direitos Fundamentais. Dessa forma, a aplicação dos testes da proporcionalidade auxiliaria na identificação do conteúdo abusivo da lei. Gilmar Mendes entende, particularmente, que o teste da adequação poderia ser suprimido, sendo possível investigar diretamente a necessidade da medida instituída pela lei. Logo, sendo a medida necessária seria automaticamente adequada. Não sendo necessária, a adequação tornar-se-ia uma pergunta irrelevante (MENDES, 2001, p. 4).

A discussão sobre o princípio da proporcionalidade também suscitou divergências sobre a sua equivalência à razoabilidade. Barroso, por exemplo, entende que embora a origem desses princípios seja diferente, existiria fungibilidade entre eles, visto que ambos seriam indicativos do valor justiça como informativo do ordenamento jurídico (2001, p. 217). A equiparação entre esses “princípios” também é compartilhada por Stumm (1995) e Buechele (1999). Steinmetz (2001, p. 188), por sua vez, aceita a equiparação entre ambos, mas entende que o princípio da proporcionalidade permitiria um controle racional e intersubjetivo o qual adviria de maior definição operacional. Todavia, a superioridade operacional do princípio da proporcionalidade é contestada por Oliveira, para quem a razoabilidade envolveria também exames da adequação, necessidade e proporcionalidade (OLIVEIRA, 2007, p. 96). Aliás, como se verá em capítulo próprio, a jurisprudência do STF por vezes também equipara os dois princípios jurídicos, compreendendo que o fundamento positivo deles estaria no artigo 5º, LIV da Constituição Federal²².

Em contraste, outro é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva. Para o autor não seria possível equiparar os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, por dois motivos: histórico e

estrutural. Historicamente, a proporcionalidade surgiu com o controle de leis restritivas de Direitos Fundamentais pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, cuja estrutura racional seria definida por seus elementos quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade, por sua vez, poderia ter a sua origem verificada no substantive *due process of law* considerado nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos²³ tanto como no precedente inglês *Wednesbury*. Estruturalmente, a razoabilidade implicaria um teste menos intenso que a proporcionalidade, podendo, por causa disso, um ato ser considerado desproporcional, mas não irrazoável (SILVA, 2002, pp. 29-30). Assim, entende Silva que a razoabilidade exigiria a análise quanto à compatibilidade do meio empregado e os fins visados, bem como a legitimidade de tais fins. Comparando-a com a proporcionalidade, corresponderia apenas ao teste da adequação (SILVA, 2002, pp. 32-33).

Sob outra perspectiva, seria possível identificar doutrinadores que se utilizam do princípio da proporcionalidade, tendo como pano de fundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, mas dando ênfase às relações privadas, pensando, portanto, no denominado efeito horizontal dos Direitos Fundamentais. Nessa perspectiva, podem ser identificados: Virgílio Afonso da Silva (2005) e Wilson Steinmetz (2004).

No âmbito penal, por sua vez, a dogmática da proporcionalidade é representada por autores como Feldens e Streck, ambos reconhecem a dupla face da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Decerto um dos elementos mais importantes da doutrina de Feldens possa ser considerado aquilo denominado pelo autor como “incoerência endonormativa como um problema de proporcionalidade” (FELDENS, 2012, p. 161). Isso quer referir ao problema de excesso do legislador ao negar um *standard* na sanção para casos semelhantes. Portanto, a ancoragem das penas deveria seguir uma proporcionalidade cardinal, ou seja, “uma escala relativa na qual, comparativamente, condutas mais graves merecem uma reprovação penal mais severa” (FELDENS, 2012, p. 162). A base para tanto seria buscada em três critérios: paridade, escalonamento e distanciamento das penas (FELDENS, 2012, p. 162). Esses critérios auxiliariam na determinação do paralelismo entre as sanções cominadas contra o ataque aos bens jurídicos diversos (FELDENS, 2012, p. 162).

Já Streck parte da noção de proteção deficiente para enunciar uma série de casos do Direito Penal Brasileiro em que a proporcionalidade serviria de fundamento à inconstitucionalidade das normas penais

23. Interessante destacar a referência feita por Oliveira às decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos que deram uma virada na concepção do devido processo legal procedimental para o substancial. Nesse sentido, teria a Suprema Corte se negado a discutir o mérito das leis nos *Slaughterhouse Cases* (1873), posição corroborada na decisão *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877), afirmando que o controle da fixação governamental de tarifas deveria ser considerada na reprovação popular pelas eleições. Entretanto, a postura substancial poderia ser vista nas decisões junto aos casos *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1877), *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897) e no caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). (OLIVEIRA, 2007, p. 84).

(STRECK, 2009, p. 167). O problema diagnosticado pela autora seria a falta de integridade da legislação penal (STRECK, 2009, p. 167).

A discussão sobre o princípio da proporcionalidade pela doutrina brasileira também é direcionada a questões metodológicas. Isto é, discussões quanto aos tipos de ponderações, postulados normativos, conteúdo essencial ou suporte fático das normas de Direitos Fundamentais e a argumentação jurídica.

Quanto às ponderações, Barcellos sustenta a possibilidade de duas espécies, quais sejam: a concreta e a abstrata. O pressuposto para ambas seria a existência de casos difíceis não resolúveis mediante o tradicional esquema lógico da subsunção (BARCELLOS, 2006, p. 55). A ponderação serviria, nesse caso, como método admitido para resolver os problemas constitucionais e infraconstitucionais, principalmente, nesses, a fim definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados ou decidir o confronto entre regras (BARCELLOS, 2006, p. 56). A autora sustenta que além da ponderação no caso concreto, denominada por ela como *ad hoc*, seria possível a ponderação *a priori*, abstratamente ou preventivamente, mediante a discussão de casos hipotéticos ou passados, na tentativa de definir futuras balizas ao juiz que enfrentará o caso concreto (BARCELLOS, 2005, pp. 146-155)²⁴.

Para Ávila, a diferenciação das espécies normativas entre regras e princípios, um dos pressupostos da teoria de Alexy, permitiria se pensar na concepção de postulados normativos. Portanto, ao desenvolver a sua Teoria dos Princípios, o autor reclama a ideia de postulado normativo como um dever estrutural à aplicação do direito, isto é, “deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles” (ÁVILA, 2005, p. 93). Os postulados, na concepção de Ávila, poderiam ser inespecíficos ou específicos. Os primeiros implicariam uma estruturação meramente formal na aplicação do direito, enquanto os segundos demandariam a assunção de critérios materiais orientadores da aplicação (ÁVILA, 2005, pp.93-94).

A partir da classificação apresentada, Ávila diz que a ponderação deve ser reconhecida como um postulado inespecífico, em que se atribuiria peso a determinados elementos que se entrelaçam, independente de uma referência substantiva (ÁVILA, 2005, p. 94), podendo ser eles bens jurídicos, interesses, valores ou princípios. (ÁVILA, 2005, p. 95). Em razão da sua condição estrutural formal, a ponderação deveria ser orientada materialmente, com a inserção de critérios avaliativos, como por exemplo, na sua conjugação com o postulado específico da

24. A autora entende que essa ponderação abstrata poderia propor um conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas (*sic*).

proporcionalidade, mediante a utilização de princípios constitucionais. (ÁVILA, 2005, pp. 94-95). O resultado dessas classificações seria a possibilidade de envolver dois postulados (inespecífico e específico) para se ter uma ponderação intensamente estruturada²⁵.

Virgílio Afonso da Silva também vem dedicando seus esforços no intuito de apresentar uma teoria do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais ou da construção do suporte fático para aplicação desses direitos (2009). Para tanto, a resolução da colisão entre Direitos Fundamentais mediante o princípio da proporcionalidade seria a metodologia hábil à delimitação do suporte fático, estipulando regras específicas que delimitariam o alcance dos núcleos essenciais de tais direitos.

Com efeito, Sarlet vai indicar que o controle de constitucionalidade brasileiro material, além do seu aspecto formal, seria feito essencialmente pela observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial dos Direitos Fundamentais, estabelecendo os limites dos limites mediante o princípio da proporcionalidade (na sua dupla face de proibição do excesso e proibição da proteção deficiente). Assim, as barreiras às restrições aos Direitos Fundamentais seriam determinadas, contribuindo para a sua eficácia nos múltiplas dimensões e funções (SARLET, 2012, p. 404)²⁶.

Ainda, enfrentando os desafios de fundamentação jurídica ligados ao princípio da proporcionalidade, juristas como Luís Afonso Heck (2005), Thomas da Rosa Bustamante (2005) (2008) e Anizio Pires Gavião Filho (2011) oferecem propostas de racionalidade das decisões judiciais, fazendo a leitura do aspecto decisionista (juízo de sopesamento) imbricada com as exigências argumentativas indicadas por Alexy. Inclusive, Bustamante propõe uma Teoria do Precedente Judicial a partir das noções de argumentação a contrario e *a pari*, fundadas na ponderação entre princípios (BUSTAMANTE, 2012, p. 535).

Portanto, sem a intenção de esgotar a apresentação de todas as pesquisas realizadas no Brasil relacionadas ao princípio da proporcionalidade, entende-se que os autores apresentados nessa seção são a prova da recepção dessa noção pela ordem jurídica brasileira. Pode-se afirmar, a partir disso, que o princípio da proporcionalidade – ou denotações similares como balanceamento, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade – pode ser qualificado como um elemento metódico de índole constitucional que objetiva resolver os problemas relacionados à restrição, violação e concretização dos Direitos Fundamentais.

25. Como refere o autor, uma ponderação intensamente estruturada, além de envolver os postulados específicos, a exemplo da proporcionalidade, deveria contemplar as seguintes etapas: (1) preparação da ponderação (*Abwägungsvorbereitung*): analisar extensamente os elementos e argumentos envolvidos, indicando quais que são os objetos a serem sopesados (ponderados), como condição derivativa da necessária fundamentação das decisões judiciais; (2) realização da ponderação (*Abwägung*): em que se irá fundamentar a relação estruturada entre os elementos ponderados, e, no caso de serem princípios, indicar a relação de primazia de um sobre outro; (3) reconstrução da ponderação (*Rekonstruktion der Abwägung*): formular-se-ia regras de precedência, com a pretensão de validade universal. (ÁVILA, 2005, p. 96). Vale referir, ainda, que a ideia de postulados normativos vem ganhando visibilidade na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, sendo utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como se pode referenciar no voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF que, expressamente, reconheceu a condição de metanormas dos postulados normativos.

26. Sarlet entende que o conceito de Direitos Fundamentais adotado pelo Brasil contempla a noção de posições jurídicas às pessoas, similar à posição por Alexy. Nesse sentido, as posições jurídicas com base nos Direitos Fundamentais seriam fundadas, expressa ou im-

plicitamente, na Constituição, cujo efeito seria retirar a disponibilidade dos poderes constituídos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO. 2012, p. 269).

6. Conclusões

O presente estudo mostrou como o princípio da proporcionalidade vem servindo de reflexo à noção de proteção aos Direitos Fundamentais. Se a gênese de tal conceito induz à noção de justiça – respectivamente ao pensamento de Aristóteles –, no século XIX, ele vem associado à necessidade de proteção do cidadão contra os atos legalmente válidos do Estado, mas praticados em abuso de poder.

É nesse sentido que a proporcionalidade ganha força na tradição alemã e com o mesmo sentido influencia o pensamento jurídico brasileiro. Viu-se, assim, na especulação de Gilmar Mendes, que a noção de proporcionalidade passou a fazer parte dos julgados do Supremo Tribunal Federal desde a década de cinquenta do século passado.

De lá para cá, a proporcionalidade se firmou como orientação aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em consequência disso, tal princípio, como imperativo de proteção devida pelo Estado aos Direitos Fundamentais, passou a requerer tanto a proibição do excesso (*übermassverbot*) quanto a proibição de uma proteção deficiente (*untermassverbot*) dos atos estatais.

Se na prática jurisprudencial o recurso à proporcionalidade é recorrente, na doutrina pátria a noção serve de ponto de partida para novas reflexões jurídicas tanto sobre a violação quanto sobre a concretização dos Direitos Fundamentais. Talvez hoje, especula-se, saber do uso do princípio da proporcionalidade seja descobrir o limite de proteção direcionado aos Direitos Fundamentais.

Diante das perspectivas doutrinárias revistas na doutrina brasileira – que tratavam desde os imperativos de proteção, restrição ou determinação do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais – parece que resta muito a se investigar quanto ao problema da discricionariedade das decisões judiciais que se valem do princípio da proporcionalidade como *ratio decidendi*. Feito este trabalho de revisão teórica sobre as possibilidades desenvolvidas pelo princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, propõe-se, após identificar uma lacuna doutrinária sobre a questão, enfrentar, em outra oportunidade, o tema da discricionariedade associado ao princípio da proporcionalidade.

7. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.
- BOMHOFF, Jacco. Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing. **German Law Journal**. v. 09, n. 02, 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- _____. Princípios, regras e a formula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional: temas da teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Argumentação contra legem: teoria do discurso e a justificação judiciais nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 22. Alicante, 1998.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. **I-Con: International Journal of Constitutional Law**. Set 2008.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University Of Toronto Law Journal**, v. 57, n. 2, Spring 2007.
- HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, agosto 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2012, p. 4.

- _____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- OLIVEIRA, Fabio de. **Por uma teoria dos princípios.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SANDEL, Michael J. **Justiça:** o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- _____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a.
- SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução Beatriz Henning e Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- _____. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- _____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- _____. Posfácio. In. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico:** as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2012.

- _____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.
- STRECK, Maria Luisa Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Fausto Santos de Morais é professor da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

<http://lattes.cnpq.br/2028518764749733>

faustosmorais@gmail.com