

REVISITANDO A PROPORCIONALIDADE: DA ANÁLISE DOS SEUS POSSÍVEIS USOS À CRÍTICA DE SEU ABUSO NO DIREITO BRASILEIRO

REVISITING PROPORTIONALITY: FROM THE ANALYSIS OF ITS POSSIBLE USES TO THE CRITIC OF ITS ABUSE IN BRAZILIAN LAW

Mártin Haeberlin¹

Doutor em Direito (PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; hermenêutica jurídica.

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre os usos e abusos da proporcionalidade no Direito brasileiro a partir de uma análise da sua dogmática consolidada. Para realizar esse objetivo, primeiramente em metodologia analítica, faz-se uma construção teórica da proporcionalidade, perquirindo-se a sua genealogia de princípio e a partir das abordagens desta que aparecem na doutrina, notadamente como: método interpretativo, restrição ao poder de legislar, restrição ao poder de administrar, proibição de excesso e

de insuficiência, postulado normativo aplicativo e regra, além da análise de seus correlatos da razoabilidade, concordância prática e ponderação. Posteriormente, em avaliação crítica, lançam-se argumentos sobre possíveis abusos na utilização da proporcionalidade, tanto acadêmicos quanto jurisdicionais, relacionados a um descolamento das abordagens citadas. Ao fim, após sugerir o tratamento da proporcionalidade sob duas naturezas distintas (como princípio e como metanorma), propõe-se um conceito para cada uma dessas naturezas, considerando que esses conceitos

¹ Pós-Doutorando em Economia (UFRGS) – com bolsa da Capes (Processo nº 23038.004864/2015-63), Doutor em Direito (PUCRS, com estágio de pesquisa na Universidade de Heidelberg), Mestre em Direito do Estado (PUCRS), Graduado em Direito (PUCRS), Pesquisador Visitante do *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Advogado. E-mail: mphaeberlin@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5190995351722855>>.

podem auxiliar no distanciamento daqueles possíveis abusos também na atividade jurisdicional.

ABSTRACT: *The present article seeks to reflect on the uses and abuses of proportionality in Brazilian Law based on an analysis of its consolidated dogmatic. In order to achieve this objective, firstly in analytical methodology, a theoretical construction of proportionality is carried out by looking at its genealogy of principle and from the approaches of it that appear in the doctrine, notably as: interpretative method, restriction to legislation, restriction to administrator, prohibition of excess and insufficiency, normative application postulate, and rule, besides the analysis of its correlates of reasonableness, practical agreement and weighting. Subsequently, in a critical evaluation, arguments are provided about abuses of proportionality in the academic and jurisdictional fields, related to a deviation from the referred approaches. Finally, after suggesting the treatment of proportionality under two distinct natures (as a primary and a secondary rule), a concept is proposed for each of those natures, considering the concepts can help in the distancing of those possible abuses also in the jurisdictional activity.*

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; hermenêutica jurídica; proporcionalidade; princípio; jurisdição.

KEYWORDS: *constitutional law; legal hermeneutics; proportionality; principle; jurisdiction.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Proporcionalidade como princípio jurídico; 2 Proporcionalidade como método interpretativo; 3 Proporcionalidade como restrição ao poder de legislar; 4 Proporcionalidade como restrição ao poder de administrar; 5 Proporcionalidade como proibição de excesso e de insuficiência; 6 Proporcionalidade como postulado normativo aplicativo; 7 Proporcionalidade como regra; 8 Proporcionalidade e correlatos; 9 Problemas da proporcionalidade no direito contemporâneo: do uso ao abuso; 10 Aproximações para possíveis soluções: de volta ao uso; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Proportionality as a legal principle; 2 Proportionality as an interpretative method; 3 Proportionality as a restriction to legislation; 4 Proportionality as a restriction to administration; 5 Proportionality as a prohibition of excess and insufficiency; 6 Proportionality as a normative application postulate; 7 Proportionality as a rule; 8 Proportionality and correlates; 9 Proportionality problems in contemporary law: from the use to the abuse; 10 Approaches to possible solutions: back to the use; Final considerations; References.*

O justo, então, é uma das espécies do gênero “proporcional” (a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral). [...] O justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade.

(Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, Livro V, 1131b)

INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro contemporâneo, da doutrina à aplicação, embrenhou-se em larga medida com uma ideia: a de que todo ato jurisdicional é um ato de jurisdição constitucional. Semente do neoconstitucionalismo, essa ideia parece tornar obrigatório que uma questão a ser decidida envolva direitos fundamentais e, por isso, uma colisão de princípios. Como consequência, tem-se a percepção de que o papel de aplicação do Direito é, fundamentalmente, o de ponderar princípios. O juiz tornou-se o juiz da proporcionalidade. E o princípio da proporcionalidade, um lugar comum.

Essa ubiquidade do princípio da proporcionalidade, todavia, induz em erro quem acredita ter se esgotado o espaço de investigação sobre o tema. Ao contrário. Paradoxalmente, ao falar-se demais na proporcionalidade e ao usar-se demais a proporcionalidade, há certa sensação de que a perdemos no caminho. Sobram perguntas: Funciona ela como um controle de razoabilidade das decisões ou é instrumento de proteção dos direitos fundamentais junto aos Poderes Legislativo e Executivo? É ela mecanismo de ponderação na colisão de direitos fundamentais ou apenas um limite às limitações dos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken*)? Serve apenas para justificar o *judicial review* ou se a pode ampliar como instrumento de garantia da dignidade humana? Esses papéis todos, que parecem sobrecarregar a proporcionalidade, são, afinal, compatíveis entre si?

Passado o tanto que já se escreveu sobre a proporcionalidade, o presente artigo tem, como justificativa, exatamente a consideração de que talvez seja o momento de a revisitarmos com olhos críticos. E tem, como objetivo, avaliar o que produzimos em seu nome e se há algo ainda a produzir.

Para realizar esse objetivo, primeiro identificamos algumas das principais abordagens da proporcionalidade desde os primeiros escritos sobre o tema no contexto da formação do neoconstitucionalismo brasileiro, evidenciando a

proporcionalidade como: princípio jurídico (tratando da sua definição, da sua gênese e do seu fundamento); método interpretativo; restrição ao poder de legislar; restrição ao poder de administrar; proibição de excesso e de insuficiência; postulado normativo aplicativo; e regra. Ato contínuo, diferenciamos a proporcionalidade, brevemente, de alguns institutos correlatos. Após, analisamos alguns problemas da proporcionalidade no direito contemporâneo, para, ao final, realizar algumas aproximações de solução para os problemas apontados.

Ao se falar sobre os usos possíveis da proporcionalidade, resgatando a memória do que a proporcionalidade é, acredita-se que se pode contribuir para pensar aquilo que ela não é. Eis um interessante campo de investigação que a proporcionalidade, em sua ubiquidade, descortina: a linha de diferenciação entre os seus usos possíveis e os seus abusos possíveis.

1 PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Não há concordância sobre o caráter de “princípio” do princípio da proporcionalidade. Uma análise sobre a proporcionalidade deve iniciar, pois, da pergunta, aparentemente tautológica: O princípio da proporcionalidade é um princípio?

Nessa tarefa, assumiremos como premissa o conhecimento sobre a definição de princípios e regras no direito contemporâneo, entendendo ser ela, além de suficientemente conhecida, incidental ao nosso objeto de investigação. Elabora-se uma resposta, assim, desde a própria doutrina da proporcionalidade: sua definição, sua gênese e seu fundamento.

1.1 POR UMA DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Logo após se perguntar o que é o princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides inaugura capítulo dedicado ao tema em seu *Curso de direito constitucional*, relatando uma advertência de Xavier Philippe, para quem haveria princípios mais fáceis de compreender do que de definir. A proporcionalidade, diz Bonavides, “entra na categoria desses princípios”².

De fato, difícil é a tarefa de delimitar o objeto do princípio da proporcionalidade. Um modo de a realizar é compreender a proporcionalidade jurídica adotando o percurso de Aristóteles: pela proporcionalidade matemática. Em sua *Ética*, quando refere o homem justo como o que respeita a lei, atrela o

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 392.

conceito de justiça também a um meio-termo, dizendo que a justiça não prescinde de uma proporção. Fora dela – como em um contrato de obrigações díspares –, um ato não é justo porque conduz ao excesso ou à falta. “O justo nesta acepção é portanto o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade”³.

A pertinência da explicação matemática é demonstrável desde um exemplo da geometria fornecido por Carlos Alberto Molinaro. Se tomarmos dois retângulos, um com 3 cm de base e 4 cm de altura e outro com 6 cm de base e 8 cm de altura, teremos que a razão de ambos, vale dizer, sua *relação* base/altura, é 0,75. Ambos são, pois, proporcionais. O princípio “de” proporcionalidade poderia, então, ser assim apresentado: “‘Em todas as proporções o produto dos meios é igual ao produto dos extremos’; em notação: se $a/b = c/d$ então $a.d = b.c$, é a igualdade entre as razões a/b e c/d que se denomina proporção”⁴.

A proporção, vê-se, é uma “igualdade de razões”⁵. A proporcionalidade no sentido jurídico, qualquer que seja a sua aplicação, conterà necessariamente essa ideia, pois o exercício de aplicação da proporcionalidade é um exercício de comparações. Não por acaso, o princípio da proporcionalidade no sentido em que aplicado pelo direito surgiu na Alemanha tombado sob o termo *Verhältnismässigkeit*, termo formado pelo substantivo *Verhältnis*, que significa proporção e relação.

1.2 POR UMA GÊNESE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É controversa a gênese do princípio da proporcionalidade, em larga medida pela falta de um acordo sobre o seu significado.

Alguns autores reconhecem a origem da proporcionalidade modelada na evolução do Direito de Estado ocorrida no *common law* de feição inglesa. Suzana Toledo de Barros, por exemplo, afirma seu nascedouro nas teorias jusnaturalistas da Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, as quais teriam sustentado uma defesa dos direitos individuais contra os arbítrios do Estado, ainda que a sedimentação do princípio tenha ocorrido apenas com a formação dos Estados Modernos⁶.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001. p. 97.

⁴ MOLINARO, Carlos Alberto. *A metáfora do círculo de Álcman*. O direito como produto cultural: uma abordagem culturalista do princípio da proporcionalidade. Texto escrito em 2005. Manuscrito gentilmente cedido pelo autor, p. 16 [grifos do autor].

⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001. p. 96.

⁶ Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 33-7.

Aproximando a razoabilidade da proporcionalidade, Luís Roberto Barroso sustenta a gênese na Carta de João Sem Terra, de 1215, lembrando a disposição: “A multa a pagar pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste”⁷. Willis Santiago Guerra Filho, abraçando as duas colocações, lembra que a Magna Carta inglesa foi semente de uma *Bill of Rights*, evidenciando um propósito de uma ordem jurídica que estabelecesse, de um lado, a manutenção do equilíbrio entre os poderes e a imposição de respeito a alguns direitos alienáveis, contexto necessário ao surgimento da noção de proporcionalidade⁸.

O mesmo autor, de outro lado, abre caminho para autores que acreditam na origem germânica do princípio da proporcionalidade. Lembra ele que, em 1802, von Berg empregara o termo “proporcional” para designar a possibilidade de limitação da atividade policial. Já a expressão “princípio da proporcionalidade” teria sido utilizada, pioneiramente, por Wolzendorff, ancorado em lições de Otto Mayer, no sentido da impossibilidade de a força policial sobrepor o necessário e exigível na consecução de suas finalidades⁹.

De fato, pode-se dizer que a maioria dos autores concorda sobre a origem germânica do princípio e sobre o seu surgimento assentado na relação com os limites do poder de polícia. Heinrich Scholler, por exemplo, cita a origem alemã e aduz que “o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se, originariamente, no âmbito do direito administrativo, mais especificamente, das normas sobre o poder de polícia e seus limites, evolução que já remonta ao século XIX”¹⁰. Também Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano considera que “[e]l principio de proporcionalidad surgió en el Derecho de policía y desde allí se extendió posteriormente por todo el Derecho administrativo”¹¹.

Paulo Bonavides, relatando uma conferência de Suarez em 1791, na qual referia a possibilidade de limitação da liberdade pelo Estado apenas

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23, p. 65-78, 1998, p. 65.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255-6.

⁹ *Ibidem*, p. 256-257.

¹⁰ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Traduzido e adaptado por Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 2, ano 1, abr./jun. 1999, p. 93.

¹¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990. p. 37.

quando necessária à segurança de todos, fornece um esboço mais detalhado. Ensina o autor que, após surgido na Prússia e migrado para os outros Estados alemães, foi com o advento da Lei Fundamental e da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que o princípio da proporcionalidade vingou naquele país. Cita, ainda, três casos paradigmáticos do Tribunal alemão: o caso Lüth (*Luth-Urteil*), o caso das farmácias (*Apotheken-Urteil*) e o caso da armazenagem do petróleo (*Erdölbevorratung*). Até os dois primeiros, interpreta, a Corte demonstrara ainda certa hesitação e assistemática na aplicação do princípios; no terceiro, assentou seus contornos mais definitivos, ao afirmar que o meio utilizado pelo legislador deveria ser adequado e necessário para alcançar o fim almejado pela legislação¹².

Entre os defensores da origem germânica, Luís Virgílio Afonso da Silva sustenta que a proporcionalidade, surgida no Tribunal Constitucional alemão, não pode ser confundida com uma ideia vaga de que os atos estatais devem ser “razoáveis”, como fariam aqueles que indicam o *common law* como sua origem. Para ele, nem mesmo a razoabilidade teria nascimento na Inglaterra, uma vez que o *Wednesbury test* (decisão judicial de 1948 em *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*) teria disposto um teste de rejeição de atos excepcionalmente irrazoáveis, não um princípio de razoabilidade¹³.

À vista de um acordo semântico, pode-se atribuir uma “noção” de proporcionalidade à prática judicial inglesa ou à Carta de João Sem Terra, de 1215. Impróprio extrair daí, com efeito, um princípio da proporcionalidade nos contornos em que hoje o conhecemos. Fazer isso seria análogo a dizer que o direito ambiental foi criado pelos romanos, considerando que em sua lei dispunha que os frutos da árvore quedados na propriedade vizinha ao vizinho pertenciam. A despeito da tentação satírica com nostálgicos romanistas e o seu resgate de institutos oblíquos, a pretensão não parece se sustentar.

A gênese da proporcionalidade como princípio é, entendemos, alemã, e deita raízes nas restrições ao poder de polícia. É dizer, nos limites às limitações exercidas pelo Estado na liberdade individual e na propriedade privada.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 407-9.

¹³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 30.

1.3 POR UM FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Fecunda é a discussão que visa encontrar a *sedes materiae* da proporcionalidade, isso é, o seu *locus* não meramente normativo¹⁴, mas fundante. Trata-se de uma busca essencial para constatar o seu estatuto jurídico e a sua fundamentalidade axiológica.

Heinrich Sholler, a partir do desenvolvimento dado ao princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão, afirma que

a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de Direito, o qual – na condição de princípio constitucional fundamental – vincula o legislador, na medida em que serve de fundamento para o princípio da reserva de lei proporcional.¹⁵

Tal entendimento, “[...] que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina”¹⁶, ecoou no Brasil e ganhou respeitabilidade com a chancela de juristas como Suzana Toledo de Barros¹⁷ e Luís Roberto Barroso¹⁸.

¹⁴ Nunca é demais salientar que a proporcionalidade não aparece na Constituição Federal brasileira, diferente do que ocorre em outras Constituições. Há, em nossa Constituição, apenas dispositivos que referem o adjetivo “proporcional” (art. 5º, V; art. 7º, V e XXI; art. 29, IV; art. 41, §§ 2º e 3º; art. 45, *caput* e § 1º; art. 58, §§ 1º e 4º; art. 71, VIII; art. 93, VIII; art. 155, § 4º, II; art. 159, II, da CF. Além: art. 35, art. 53, III, art. 60, §§ 2º e 7º, do ADCT).

¹⁵ SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Traduzido e adaptado por Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 2, ano 1, abr./jun. 1999, p. 97. Este entendimento teria sido afirmado por Eberhard Grabitz em 1973, no artigo “*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*”. Cf. MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, n. 101, ano XXXIII, p. 193-233, mar. 2006, p. 196.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 42.

¹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 87-94.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SOARES, José Roland Cavalcante (Coord.). *Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001. p. 319.

Outros autores, como Gilmar Mendes, referem à *ratio essendi* da proporcionalidade como decorrente do devido processo legal¹⁹. Para o autor, a tese de que o princípio da proporcionalidade seria uma dimensão específica do devido processo legal teria ganho respaldo no Supremo Tribunal Federal²⁰.

Helenilson Cunha Pontes advoga outra possível causa fundante da proporcionalidade: a supremacia hierárquico-normativa da Constituição. Isso porque a proporcionalidade, para ele, demonstraria que o direito não se esgota na lei, mas nos valores constitucionais representativos da vontade geral²¹.

Há outras indicações doutrinárias para esse fundamento, tais como: dispositivos constitucionais do art. 5º da Constituição Federal (Antonio Magalhães Gomes Filho, Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro), dispositivos constitucionais que se refiram ao adjetivo proporcional e integração do direito positivo pelo art. 5º, § 2º, da Carta (Willis Santiago)²².

Adotando postura diversa, Vergílio Afonso da Silva abdica a tarefa de encontrar esse fundamento, por a entender infrutífera. Para ele, a “exigibilidade da regra de proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*”²³.

Evidentemente, o fundamento da proporcionalidade depende, ele também, do significado da proporcionalidade, o que permite o seu entendimento em diferentes lugares. Raquel Denize Stumm, dissertando sobre a “*sedes materiae* do princípio da proporcionalidade” (ao que dedica toda a segunda metade, cerca de 80 páginas, de seu *Princípio da proporcionalidade no Direito constitucional brasileiro*), sustenta, nesse contexto, que haveria três possibilidades de localização do princípio da proporcionalidade em um sistema jurídico: o

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional, 2000. p. 107-19.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____ et al. (Org.). *Hermenêutica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 269.

²¹ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 51.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 42-3.

²³ Idem, *ibidem*.

Estado de Direito, os direitos fundamentais e o devido processo legal²⁴. Também Paulo Bonavides sustenta compreensão pluriforme da proporcionalidade. Segundo o constitucionalista, a proporcionalidade, apesar de não ser escrita, é norma esparsa no texto constitucional, texto que acolheria de maneira copiosa expressões nítidas de proporcionalidade. Para ele, a *ratio essendi* do princípio está no declínio da legalidade e na ascensão da constitucionalidade, fazendo-se direito positivo que decorre da natureza do regime, da essência do Estado de Direito e dos princípios que tornam inviolável a unidade da Constituição²⁵.

As concepções de fundamentos plúrimos preferem, em nosso ver, tanto a ideia de que o fundamento do princípio da proporcionalidade estaria subsidiada apenas em um ou outro dispositivo constitucional²⁶ quanto a ideia de que a proporcionalidade seria uma *Natur der Sache* constitucional. Por fim – e em tempo –, convém sempre lembrar que, além dos lugares citados, a força normativa da proporcionalidade pode ser considerada corolário do valor supremo da justiça²⁷; no caso brasileiro, insculpido no preâmbulo da Constituição²⁸.

2 PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO INTERPRETATIVO

Entre as possíveis abordagens do princípio da proporcionalidade, uma é quase onipresente: a que trata a proporcionalidade como um método de interpretação para as ponderações de direitos fundamentais. Nesse sentido, a proporcionalidade é apresentada a partir de um “teste” de legitimação para limitações externas a esses direitos²⁹.

²⁴ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 95-170.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 434-6.

²⁶ Tais concepções parecem incorrer na falácia da *desintegration* (Cf. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 24), uma vez que, ao adotar apenas um dos argumentos para o fundamento da proporcionalidade, olvidam a importância sistemática dos demais.

²⁷ Ipsen apud BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 162.

²⁸ Sobre o valor jurídico do preâmbulo, cf. GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. Trad. Henrique Moreira Leites. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 40, nov./dez. 2006.

²⁹ Cf. BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Varlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 66. Importante advertir, desde já, que a teoria dos direitos fundamentais não pode ser reduzida a esta função interpretativa. Mais que isso, ela representa “o ordenamento jurídico fundamental das relações entre o indivíduo e a sociedade com

Ao se perguntar se “é o princípio da proporcionalidade um princípio de interpretação?”, Paulo Bonavides indica que, entre outras aplicações possíveis, essa seria uma das mais proveitosas. Nesse sentido, o autor concebe-o como conciliador de antinomias geradas por direitos fundamentais, devendo o juiz, para afastar o risco de seu poder desmesurado, associá-la à interpretação conforme, de modo a adotar, entre as possíveis interpretações, aquela que for mais compatível com o texto constitucional³⁰.

O direito existe com antinomias, quer considerando-se o sistema jurídico fechado (em razão do dogma da completude), como no passado, quer o considerando aberto (em razão do reconhecimento de valores, positivados na forma de princípios), como no presente. Há, no entanto, duas diferenças fundamentais nas antinomias desses dois sistemas. A *primeira* relacionada ao texto interpretado. A proporcionalidade como método de interpretação da “nova hermenêutica” tem morada no texto constitucional, ao se referir a questões relativas a direitos fundamentais. Já a “velha hermenêutica”, embora não excluísse a interpretação da Constituição, tinha morada nos textos infraconstitucionais³¹. A *segunda* relacionada ao método de interpretação. Enquanto no sistema fechado resolvem-se os problemas de antinomia segundo critérios predefinidos (hierarquia, especialidade, cronologia); no sistema aberto, sem olvidar tais critérios, buscam-se soluções relacionadas à aplicação do direito ao caso concreto. Nesse contexto, abre-se o paradigma das múltiplas interpretações possíveis contra aquele das interpretações únicas e corretas.

O tema, em si, não guarda a novidade que o neoconstitucionalismo proclama. Hans Kelsen, sempre bom lembrar, contrariara no Capítulo VIII da *Teoria pura do direito* a visão do jurista positivista enclausurado que normalmente dele se guarda, matizando a ideia de uma só interpretação correta para um texto jurídico. Criara nele a metáfora da moldura da norma jurídica, dizendo que “é

o Estado” (BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 68).

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 425.

³¹ Antonin Scalia, nesse sentido, refere que o problema da interpretação constitucional seria distinto não em razão da aplicação de diferentes princípios de interpretação, mas pela aplicação dos princípios usuais a um texto não usual (SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. Federal Courts and the Law: an essay. New Jersey: Princeton University Press, 1997. p. 37).

conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”³².

A proporcionalidade como método interpretativo não é, pois, uma causa das incertezas jurídicas. Ela está, antes, para uma consequência da complexidade, que compreende a necessidade de o direito contemporâneo acolher uma composição orgânica do sistema jurídico, em face do seu não descolamento com a realidade subjacente e da sua repelência às soluções *a priori*, prontas, acabadas.

Em que pese a contingência da complexidade e da abertura³³, importante frisar que a feição interpretativa da proporcionalidade admite essa complexidade e abertura desde um contexto jurídico, não moral. David Beatty, nesse sentido, refere exatamente que

uma razão para a coincidência e do porquê a proporcionalidade é uma teoria melhor de controle judicial do que seus rivais interpretativos está particularmente no fato de que a proporcionalidade não requer que os juízes utilizem métodos de análises tais como pesquisa em arquivos ou filosofia moral que não pertencem ao Direito.³⁴

Via de regra, na justificação da jurisdição constitucional³⁵, a proporcionalidade é apresentada a partir de um percurso de três “subprincípios”³⁶: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esses subprincípios são aplicados subsidiariamente, realizando-se o exame justi-

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 390.

³³ FISCHER. A violação do princípio da proporcionalidade por regras que extinguem a punibilidade em crimes econômico-tributários. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 28, ano 6, p. 138-153, nov./dez. 2004, p. 146.

³⁴ BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 172 (tradução livre).

³⁵ Considera-se “jurisdição constitucional”, aqui, no sentido de que “todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional” (FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000, p. 15).

³⁶ Houve certa divergência quanto aos subprincípios, às vezes apresentando-se apenas a adequação e a necessidade, às vezes os três sinalados, às vezes estes somados a um quarto, da legitimidade dos fins. A doutrina consolidou-se, todavia, na apresentação dos três.

ficatório de um a um, consolidando-se a legitimidade da medida apenas com sua aprovação consecutiva em todos.

Também conhecido como pertinência, aptidão, conformidade ou, ainda, idoneidade, o subprincípio da *adequação* sustenta que uma medida estatal é idônea “se sua adoção conduz a que se alcance ou se favoreça a obtenção do fim legítimo perseguido pelo Estado”, considerando fim legítimo aquele cuja “consecução está ordenado ou é permitida constitucionalmente”³⁷.

Certo dissenso ocorreu quanto à melhor tradução do verbo “*fördern*”, utilizado em decisão do Tribunal Constitucional alemão. Em tradução de Gilmar Mendes, a adequação do meio foi assim caracterizada: “O meio é adequado se, em sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado”³⁸. Humberto Ávila, no artigo que originou seu *Teoria dos princípios*, usara definição próxima, referindo o meio adequado aquele “apto para alcançar o resultado pretendido”³⁹. Posteriormente, em seu livro, afirma que o meio apenas deve “contribuir para a promoção gradual do fim”⁴⁰. Em crítica, Luís Virgílio Afonso da Silva apontara que “alcançar” seria tradução inadequada para *fördern*, o qual indicaria o fomento da obtenção do fim, não seu necessário alcance⁴¹. A crítica tem sua procedência. *Fördern* é “promover”, “adiantar”, “fomentar”, “trazer à luz”⁴². Disséssemos válida a tradução por “alcançar”, seríamos obrigados a antever que o meio empregado tem o condão de perfectibilizar o fim almejado, o que não é possível em sede do teste.

Uma forma de elucidar se uma medida estatal passa pelo exame da proporcionalidade neste primeiro estágio é perguntar: O meio utilizado é adequado para fomentar o fim? Se a resposta for afirmativa, a medida passou pelo teste da adequação. Em síntese, perquirindo-se a adequação, pode-se

³⁷ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Varlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 130 (tradução livre).

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____ et al. (Org.). *Hermenêutica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 248.

³⁹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151-179, 1999, p. 172.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

⁴¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002, p. 36.

⁴² IRMEN, Friederich. *Langenscheidts. Taschenwörterbuch der Portugiesischen und Deutschen Sprache. Erster Teil*. Berlin-München-Wien-Zürich: Langenscheidt, [s.d.]. p. 810.

lembrar da conhecida frase de Walter Jellinek: “A polícia não deve utilizar canhões para abater pardais”⁴³.

Já o subprincípio da *necessidade* possui dois sentidos: um é o lexical, para o qual necessário é imprescindível; outro é eminentemente jurídico, para o qual necessário importa a inexistência de outro meio que melhor fomenta o fim almejado. Nesse segundo sentido, pode-se dizer que “uma medida estatal não é necessária se sua finalidade também pode ser alcançada por outro meio igualmente eficaz e que não restringe o direito fundamental afetado ou o restrinja com uma intensidade menor”⁴⁴.

Diferente do que acontece com a adequação, onde apenas se projeta mentalmente a pertinência do meio para o alcance de um fim, para o teste da necessidade é obrigatório o exame de alternativas, a fim de verificar a melhor, ainda que supostamente⁴⁵.

Na forma elucidativa do subprincípio, é possível perguntar-se: O meio considerado adequado (que consegue promover o fim) é mesmo imprescindível para a promoção de um fim? Caso afirmativo, é ele o menos restritivo de direitos fundamentais? Se a resposta for duplamente afirmativa, a medida passa pelo teste da necessidade.

*A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, “exige levar a cabo uma ponderação de bens entre a gravidade ou intensidade da intervenção no direito fundamental, de um lado, e, de outro, o peso das razões que a justificam”*⁴⁶.

⁴³ Sobre a frase, interessante a observação: “Não é por acaso que a frase célebre, que mais expressivamente a caracteriza, a que afirma que não se deve usar canhões para matar pardais, é de um grande administrativista deste século, Walter Jellinek” (COUTO E SILVA, Almiro do. Prefácio. In: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995).

⁴⁴ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Varlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 130 (tradução livre).

⁴⁵ Leonardo Martins lembra, a este propósito, que, “[s]e houver uma coincidência entre este meio encontrado e aquele utilizado pelo Estado, a intervenção objeto do exame é proporcional e por consequência constitucional porque a intervenção estatal restou, finalmente, justificada” (MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, n. 101, ano XXXIII, p. 193-233, mar. 2006, p. 227).

⁴⁶ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Varlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 131 (tradução livre).

Nesse exame, ponderam-se os meios em relação aos fins, procurando uma relação custo-benefício razoável entre o fim produzido (promoção de um direito fundamental) e o meio escolhido (restrição de outro direito fundamental). Para a adoção de uma medida, no sentido deste subprincípio, deve-se verificar se a adoção da medida não acarretará prejuízo maior que a sua não adoção. A proporcionalidade em sentido estrito é o adjetivo da proporcionalidade, é dizer, a busca do “proporcional”, assemelhando-se à razoabilidade, ainda que dela difira, porquanto estabelece especificamente apenas um termo comparativo entre a gravosidade e o benefício de uma medida.

A verificação da proporcionalidade em sentido estrito aclara-se perguntando: As vantagens do fim são maiores do que as desvantagens do meio? Se sim, a medida passou pelo último teste, podendo ser considerada não afrontosa ao princípio da proporcionalidade⁴⁷.

É nesse sentido de método interpretativo – realizado por esses subprincípios – que a proporcionalidade ganhou a citada ubiquidade no direito contemporâneo.

3 PROPORCIONALIDADE COMO RESTRIÇÃO AO PODER DE LEGISLAR

O caso paradigmático sobre a abordagem do princípio da proporcionalidade como restrição ao poder de legislar vem do Tribunal Constitucional alemão. É o chamado “caso das farmácias” (*Apothekenurteil*), de 1958, que pode ser assim resumido: havia uma lei, no Estado da Bavária, que restringia o número de farmácias em uma comunidade condicionando a licença à aferição da viabilidade econômica e ao não prejuízo dos competidores. Um farmacêutico recém-emigrado à Alemanha Oriental teve sua licença negada e promoveu reclamação constitucional para discutir o art. 12 da Lei Fundamental (liberdade de profissão). O Tribunal Constitucional decidiu que as restrições a direitos fundamentais devem ser fundamentadas no interesse público e obedecer às seguintes exigências: (i) devem ser razoáveis e não desmedidas; (ii) a restrição deve ser necessária, indispensável; e (iii) deve haver condições objetivas (defesa de bem público) e subjetivas (educação, treinamento), estas controladas pela

⁴⁷ Alguns autores questionam a validade deste subprincípio. Cf. MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, n. 101, ano XXXIII, p. 193-233, mar. 2006, p. 221.

proporcionalidade. A Corte afirmou ser seu dever controlar restrições legislativas aos direitos fundamentais⁴⁸.

Curiosamente, no Brasil, após 40 anos daquela decisão, o Supremo Tribunal Federal, em 14.10.1997, julgou caso bastante semelhante, onde se discutia, em sede de recurso extraordinário (RE 203909/SC), a constitucionalidade de o Município de Joinville limitar a instalação de novas farmácias a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Na ocasião, foi decidido pelo Tribunal que tal zoneamento redundava em reserva de mercado e, como tal, era coibido por afrontar os princípios da livre concorrência, proteção ao consumidor e livre exercício das atividades econômicas, todos inscritos no art. 170 da CF, o que posteriormente foi objeto de súmula vinculante (Súmula Vinculante n° 49).

Ainda que sem uma referência expressa a um princípio da proporcionalidade, é possível encontrar decisões antigas do STF⁴⁹ que traduzem a proporcionalidade desde uma limitação ao Poder Legislativo e sua vinculação a uma determinada margem de liberdade fora da qual seus atos são inquinados por espécie de “desvio de poder” (*détournement de pouvoir*) e, assim, mostram-se passíveis de invalidação pelo Poder Judiciário. Por isso, “quanto mais livre o legislador para estabelecer o fim da produção normativa, tanto mais fraca a eficácia do princípio da proporcionalidade”⁵⁰.

Para Gilmar Mendes, o excesso de poder na produção de leis configura possibilidade de censura do Poder Judiciário no âmbito da esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*). A separação dos poderes impossibilita adentrar no mérito do ato legislativo (*motivi interiori della volzione legislativa*) ou no exame da finalidade da lei. Cabe ao Judiciário questionar a legitimidade da lei, não sua conveniência. Ao legislador é conferido o poder de legislar (liberdade) dentro de uma margem onde sua “conduta” é considerada legítima (limite). Como o poder de legislar é também um dever de legislar, a omissão legislativa equiparara-se ao excesso legislativo⁵¹.

⁴⁸ Cf. PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

⁴⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n° 18.331, Tribunal Pleno, Rel. Min. Orozimbo Nonato, J. 21.09.1951. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁵⁰ Grabitz apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 423.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____ et al. (Org.). *Hermenêutica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 247.

A evolução do tema da liberdade de conformação na função legiferante caminha, assim, no sentido de substituímos a reserva legal por uma reserva legal proporcional, em que, se não se usurpa a tarefa do legislador de elaborar atos normativos, também não se usurpa a função do Judiciário de revisar a constitucionalidade desses atos⁵², o que se faz por meio dos mesmos três subprincípios indicados antes. O desafio da proporcionalidade enquanto restrição ao poder de legislar é exatamente a verificação, tópica e adequada, da legitimidade das incursões legislativas no arcabouço constitucional⁵³.

4 PROPORCIONALIDADE COMO RESTRIÇÃO AO PODER DE ADMINISTRAR

A proporcionalidade como restrição ao poder de administrar foi espécie de incubadora, pela precedência temporal, daquela relacionada ao poder de legislar. Apartada que foram as funções legislativa e executiva no Estado Moderno, a condição siamesa de ambas não tardou para lhes fazer reencontrar nas transformações. De fato, a despeito das peculiaridades, às crescentes restrições ao poder de legislar com a reserva de lei proporcional, compassaram-se, no Direito Administrativo, a uma crescente sindicabilidade dos atos estatais.

Sem descuidar da distribuição dos poderes, o próprio conceito de discricionariedade administrativa viu-se revisitado, para se dizer que ela “está sempre vinculada aos princípios fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação como racional característica do sistema administrativo”⁵⁴. O resultado prático da rerepresentação do empoeirado conceito é o de se inadmitir uma discricionariedade plena: afugenta-se o binômio lei/finalidade; escala-se o trinômio lei/finalidade/proporcionalidade no âmbito do Direito Administrativo⁵⁵.

⁵² Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 214-5.

⁵³ À guisa de exemplo, para citar os dois casos mais clássicos de aplicação da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro – o “caso do apagão” (ADC 9/STF, julgada em 13.12.2001) e o “caso do botijão de gás” (ADIn 855/PR, julgada em 01.07.1993) –, com base no deslinde que lhes deu o STF em relação à atuação legislativa proporcional, poderíamos concluir que, no primeiro, houve respeito à proporcionalidade e, no último, uma afronta a esta.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 236.

⁵⁵ A insuficiência do binômio, aliás, era já de há muito preconizada por importantes administrativistas. Cf. GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 183-4.

O lugar de destaque dessa abordagem é o do poder de polícia e suas limitações, onde faz mais sentido a fórmula: “O administrador público [...] está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”⁵⁶. Todavia, a proporcionalidade assume, no Direito Administrativo, outros significados, incluindo a releitura da supremacia do interesse público, mitigando-a, como aparece na lição de Robert Thomas: “Se há meios alternativos menos restritivos de interesses individuais e igualmente efetivos para a realização do objetivo público, então a interferência é desnecessária e desproporcional”⁵⁷. Cumpre à proporcionalidade a harmonização das relações entre Estado e particulares, restringindo-se atuações administrativas, mesmo sob o signo do interesse público⁵⁸.

Aqui também, tal qual no tópico anterior, revela-se a necessidade do despertar para tais mudanças, de modo a compreender as consequências da proporcionalidade como limitação às atividades estatais.

5 PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA

Historicamente, a função atribuída ao princípio da proporcionalidade vinculava-se à vedação dos arbítrios realizados pelo Estado na condução do *factum potere* dos atos administrativos, em especial da polícia administrativa, mas também de eventuais usurpações da atividade legiferante. Lembrando essa função, Daniel Sarmiento sustenta que o princípio “visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão”⁵⁹.

Distinguindo proporcionalidade e proibição de excesso, Humberto Ávila fornece interessante ilustração, ao invocar a figura de cinco círculos concêntricos, sendo que cada um dos círculos representaria uma restrição a um direito fundamental. Assim, o círculo mais externo (grau 1) indicaria uma

⁵⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39.

⁵⁷ THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Portland Oregon, 2000. p. 77 (tradução livre).

⁵⁸ Sobre o tema, vide: HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

⁵⁹ SARMIENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 77.

restrição pouco intensa a um direito fundamental. À medida sucessiva, os círculos subsequentes (graus 2, 3, 4) representariam restrições mais intensas aos direitos fundamentais até chegarmos ao último e mais interno círculo (grau 5), que representaria o núcleo inviolável deste direito fundamental⁶⁰. O princípio da proporcionalidade operaria entre o grau mais externo e o grau mais interno; a proibição de excesso operaria no grau mais interno, não restringível⁶¹.

Pari passo à ideia de vedação de excesso (*Übermaßverbot*), surgiu uma outra abordagem, de proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*). Atribuída a Claus-Wilhelm Canaris, no artigo “*Grundrechte und Privatrecht*”, publicado em 1984 no *Archiv für die civilistische Praxis*⁶², essa ideia sugere que, se é verdade que o Estado, para obtenção de seus fins, não pode agir com excessos, igualmente é verdade que este não pode agir de modo insuficiente. Para o jurista alemão, “[a] concepção exposta apenas se torna, porém, plenamente compreensível se se acrescentar que a Constituição apenas proíbe que se desça abaixo de um certo *mínimo* de proteção”⁶³.

Essa ideia vincula-se ao não cumprimento, pelo Poder Público, de um imperativo constitucional conectado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Isso é: “[...] A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional [...]”⁶⁴.

⁶⁰ Sobre o tema, vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 447-471; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

⁶¹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100.

⁶² O artigo foi posteriormente desenvolvido e publicado como livro. Utilizamos, aqui, a tradução portuguesa deste: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

⁶³ *Ibidem*, p. 59-60.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004, p. 99.

Com efeito, a vinculação do legislador à proibição de insuficiência, mais do que simplesmente refletir o dever de legislar sobre determinada matéria, possibilita o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma inação do Parlamento e reflete o imperativo de que o legislador e o administrador criem medidas necessárias e suficientes para, ao menos, responder à eficácia mínima de cada direito fundamental, seja individual ou social.

O exemplo clássico de aplicação da proibição de insuficiência é a “descriminalização do aborto”. Na Alemanha, o debate entre o garantismo negativo e positivo fez reconhecer que, além da proibição de excessos positivos dos legisladores, há de se reconhecer os excessos negativos. Seria passível de inconstitucionalidade, no exemplo, a revogação da norma criminalizadora do aborto, por carente de proteção, sem ela, o direito à vida⁶⁵.

Há que se dizer, ao fim desta abordagem, que ambos, proibição de excesso e proibição de insuficiência, estabelecem um mútuo operativo em uma espécie de feixe de liberdade, indo do mais ao menos, onde o Poder Público *pode e deve* atuar. Nesse feixe, a proporcionalidade estabelece: o onde, na luz, é permitido; e o onde, na sombra, é proibido.

6 PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO⁶⁶

A noção de proporcionalidade como postulado normativo aplicativo foi advogada, com originalidade, por Humberto Ávila, categoria na qual o autor coloca, além da proporcionalidade, a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a otimização, a igualdade e a razoabilidade.

Essa noção de postulado não é compatível com a de “princípio da proporcionalidade”, uma vez que trabalha com uma distinta natureza normativa. Princípios, lembra Humberto Ávila, estabelecem fins a serem buscados, promovem a realização de um estado de coisas e prescrevem comportamentos.

⁶⁵ Recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o aborto nos três primeiros meses de gestação em voto cujo núcleo essencial era a argumentação com base no princípio da proporcionalidade, considerando a noção de proibição de excesso. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, 2016.

⁶⁶ Esta abordagem retrata posição doutrinária originária de: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87-131. Por se tratar, aqui, de apenas um autor, far-se-á referência apenas nas citações diretas, evitando-se, com isto, notas desnecessárias.

Já os postulados, diz, possuem comportamento diferente: em vez de estabelecer a promoção de um determinado fim, estabelecem o modo como este dever deve ser aplicado. Os postulados, assim, são metanormas (ou normas de segundo grau), pois servem para estruturar a aplicação das normas⁶⁷.

Os postulados normativos aplicativos seriam, portanto, “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”⁶⁸, que não podem ser violados, a não ser elipticamente. Não podem, por via de consequência, ser considerados princípios ou regras.

O autor entende que os postulados normativos são formais, pois servem para fazer uma relação entre razões substanciais, dependendo dessas razões. A proporcionalidade seria, então, um “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”⁶⁹.

Sem prejuízo da importância dessa original e profícua contribuição ao Direito brasileiro, poderíamos lançar duas críticas à visão exposta.

Uma *primeira* crítica diz com a impropriedade da noção de proporcionalidade como postulado. Isso porque a palavra postulado possui significado bastante próprio na filosofia e na ciência em geral⁷⁰. Postulado, nessas áreas, significa algo “dado”, que aparece como condicionante de um sistema (por vezes fora do domínio da experiência) e que deve ser aceito independentemente

⁶⁷ O autor coleta outras denominações para estas normas de segundo grau, como: forma específica de regras (Martin Borowski); máxima ou *topos* argumentativo (Willis Guerra Filho); princípios de legitimação (Ricardo Lobo Torres); normas metódicas (Lothar Michael). Tal denominação, adverte, é secundária. Para ele, “[o] decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 90).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 113.

⁷⁰ No domínio filosófico, lembramos Immanuel Kant, que, na *Crítica da razão pura*, ao dizer que os juízos sintéticos *a priori* seriam possíveis, ressalva que a razão teórica tem limites para os mesmos, não se podendo conhecer alguns conceitos. Tais conceitos o filósofo nomina postulados da razão. São eles Deus, liberdade e imortalidade da alma. Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Abril, 1974. p. 25. No domínio científico, lembra-se Albert Einstein, quando, introduzindo o princípio da relatividade, refere-se ele à elevação à categoria de postulado o fato de que a validade de um sistema de coordenadas nas equações da mecânica condiciona sua validade nas equações da eletrodinâmica e à elevação ao postulado o fato de a luz propagar-se sempre com uma velocidade determinada (EINSTEIN, Albert. *Sobre a eletrodinâmica dos corpos em movimento*. In: *Textos fundamentais da física moderna. O princípio da relatividade*. 5. ed. Trad. Mário José Saraiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, v. I, 2001. p. 48).

da possibilidade de sua demonstração. Ocorre que a proporcionalidade, como a conhecemos no âmbito jurídico, não parece recepcionar tal significado, exatamente porque a proporcionalidade, sem demonstração (justificação), carece de sentido. Ademais, a proporcionalidade, parece-nos, prescreve um comportamento ao intérprete: adotar a melhor interpretação constitucional. Raciocinar e argumentar é um tipo de comportamento, de modo que a proporcionalidade, em que pese poder ser uma norma estrutural, não pode possuir como característica o fato de não prescrever comportamentos.

Uma *segunda* crítica refere-se à impropriedade de um conceito apenas *normativo* ou *formal* de proporcionalidade. A proporcionalidade não parece ser apenas normativa, pois, enquanto norma de segundo grau, ela é, por definição, metanomológica. Tampouco pode ser considerada normativa como oposição a um pragmatismo⁷¹, pois o pragmatismo é condição de possibilidade da proporcionalidade, porquanto o intérprete, à vista de solucionar a colisão de direitos fundamentais, deve, *in concreto*, analisar a realidade subjacente à colisão. Tampouco parece ser a proporcionalidade formal. Aqui, parece haver uma contradição na exposição. Para Humberto Ávila, os postulados seriam formais por fazerem uma relação entre razões substanciais, dependendo dessas razões. Porém, pode-se dizer que: (i) se dependem das razões substanciais, eles não são formais⁷²; e (ii) a relação entre razões substanciais da proporcionalidade dá-se exatamente para se conseguir uma outra razão substancial, qual seja, a justiça, notadamente aquela do caso concreto.

7 PROPORCIONALIDADE COMO REGRA⁷³

A noção de proporcionalidade como regra foi advogada, com originalidade, por Luís Virgílio Afonso da Silva, a partir de sua interpretação da distinção efetuada por Robert Alexy entre regras e princípios. Segundo o autor, nessa

⁷¹ Sobre a diferença - e a contraposição - entre a análise normativa e a análise pragmática, vide: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 237-50.

⁷² Aqui, pode-se valer de Kant, no Teorema III da *Crítica da razão prática*, quando demonstra a necessidade *a priori* do imperativo categórico como destituído de qualquer dependência a valor substancial. Apenas em razão desta independência da substância é que se pode dizer que o imperativo categórico é formal. Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 36.

⁷³ Esta abordagem retrata posição doutrinária originária de: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 78, p. 23-50, abr. 2002, p. 24-6. Por se tratar, aqui, de apenas um autor, far-se-á referência apenas nas citações diretas, evitando-se, com isto, notas desnecessárias.

distinção estaria uma caracterização explícita em Alexy da proporcionalidade como regra⁷⁴. A noção de proporcionalidade como regra também é incompatível com aquela de proporcionalidade como princípio. Regra não é uma característica, mas a própria categoria em que, para o autor, a proporcionalidade se insere.

Lembrando Alexy, Luís Virgílio Afonso da Silva refere que as regras expressam deveres definitivos, sendo aplicadas, a propósito desses deveres, por meio de subsunção, enquanto os princípios expressam deveres *prima facie*, sendo aplicados, a propósito desses deveres, a partir de outros princípios com ele colidentes. Daí sua característica de “mandamentos de otimização”. Nessa esteira, segundo ele, ao endossarmos a distinção entre princípio e regras de Robert Alexy, somos obrigados a concluir que a proporcionalidade é uma regra, não um princípio, pois a proporcionalidade não teria como promover efeitos em variadas medidas, já que ela é aplicada de forma constante, sem variações.

Para Luís Virgílio, Alexy enquadra explicitamente a proporcionalidade como regra quando “afirma que os subelementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’”⁷⁵. Por essa razão, entende mais apropriado o termo “regra da proporcionalidade”, não obstante indique que esse entendimento estaria fadado ao insucesso frente à forte carga semântica do termo “princípio”, o qual se utilizaria, mais do que pela função, como um desígnio de importância da proporcionalidade.

Aqui, também ressaltando a importante contribuição do autor ao entendimento da proporcionalidade, parece-nos que a concepção não é ileso de críticas, notadamente a da impropriedade do tratamento da proporcionalidade (apenas) como regra.

Começa-se por um argumento evidenciativo: a proporcionalidade parece comportar características indefensáveis às regras. Não haveria, por exemplo, como uma regra determinar o quanto de uma ação estatal beira ao excesso e o quanto revela insuficiência. Do mesmo modo, seria inusitado à proporcionalidade, fosse ela uma regra, determinar a invalidação de outras regras do parlamento, por inconstitucionais.

⁷⁴ Não apresentamos esta ideia como sendo de Robert Alexy por acreditarmos tratar-se de uma interpretação do autor alemão. Sobre os problemas de tradução da palavra “*Grundsatz*”, vide: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165.

⁷⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 78, p. 23-50, abr. 2002, p. 26.

Ao afirmar que a proporcionalidade seria uma regra porque guarda as características de regra, temos que o autor confunde incondicionalidade⁷⁶ e subsuntividade. De fato, a proporcionalidade é incondicional (toda vez em que há um conflito entre princípios, tem ela lugar). Todavia, é hermeneuticamente incoerente dizer que a proporcionalidade aplica-se por subsunção, o que seria aceitar que esta, a partir de premissas elencadas pelo intérprete, atravessaria um desencadeamento lógico até alcançar a resposta “correta” ao conflito normativo de princípios.

Por fim, é necessário salientar que, para o autor brasileiro, o próprio Alexy alocaria a proporcionalidade na classificação de regra, além de o fazer implicitamente. Parece-nos um equívoco, uma vez que, na passagem citada, Alexy não trata da proporcionalidade, mas de seus subelementos, sendo que um não implica em outro. Quanto ao argumento implícito, como dissemos, subsunção não se confunde com proporcionalidade. Sobre isto, por fim, nos parece igualmente válida a objeção apontada por Wilson Steinmetz: “[...] em primeiro lugar – e dizer isto já é um truísmo –, a [definição de princípio] de Robert Alexy não é a única definição operativa possível, e muito menos a única adotada no discurso dos juristas”⁷⁷.

8 PROPORCIONALIDADE E CORRELATOS

A apresentação da proporcionalidade é normalmente acompanhada de institutos correlatos, entre os quais a razoabilidade, a concordância prática e a ponderação, fazendo-se importante realizar breves notas distintivas.

Em relação à razoabilidade, diferencia-se “não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”⁷⁸. A razoabilidade, desde sua origem no Direito inglês (especialmente a partir do *Wednesbury test*), não possui uma estrutura própria de aplicação. Trata-se, antes, de uma exigência argumentativa que busca afastar do ordenamento jurídico atos não razoáveis do Poder Público⁷⁹.

⁷⁶ Sobre o tema da incondicionalidade das normas, vide, sobretudo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. I, 1954.

⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12.

⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 78, p. 23-50, abr. 2002, p. 29-30.

⁷⁹ José Adércio Leite Sampaio, por ocasião de um Congresso realizado em 2003, mapeou a doutrina da diferenciação, ensinando: “Existe uma polêmica sobre as relações entre razoabilidade e

A concordância prática, por seu turno, foi cunhada por Konrad Hesse e é uma “projeção do princípio da proporcionalidade”⁸⁰, impingindo que “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade”.⁸¹ Essa realização máxima de valores que se imbricam em um caso concreto também não é realizada com uma estrutura de aplicação. Nesse sentido, a concordância prática parece ser melhor pensada a partir da chamada “teoria interna” dos limites não expressamente estabelecidos aos direitos fundamentais, enquanto a proporcionalidade a partir da chamada “teoria externa”.

A ponderação, por fim, é o instituto correlato à proporcionalidade mais difícil de dela se diferenciar. Como refere Daniel Sarmento, “ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda”⁸². Poder-se-ia dizer que a ponderação é uma atividade da proporcionalidade. Lançando-se mão da ponderação é que se calcula qualitativamente os princípios em colisão, de modo a considerar sua aprovação ou reprovação pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸³. Pode-se afirmar que a ponderação é uma atividade que passa

proporcionalidade. Há quem veja a razoabilidade como parte da proporcionalidade (Grau, 1995; Medauar, 1999:146; Guerra Filho, 2001; Silva, 2002). Outros consideram o inverso, a proporcionalidade como elemento do razoável (Di Pietro, 1999:81). Para Tácito (1996:228), Barroso (1997:69) Barros (1996:70), os termos se equivalem. Há ainda posições cambiantes. Assim, para Moraes (199:133), as duas expressões podem ser usadas indistintamente, se tomarmos o sentido de razoabilidade como juízo de pertinência ou teste de racionalidade, segundo a tríplice manifestação da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade estrita). Se for entendida, no entanto, no senso comum, não haveria equivalência” (SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63). O mesmo autor revela, igualmente, os três argumentos distintivos lançados, especialmente na Alemanha. O primeiro seria semântico (a origem da razoabilidade derivada de arbítrio, *Wilkür*, e da proporcionalidade em *Verhältnismässigkeit*), o segundo metodológico (estrutura metodologicamente definida da proporcionalidade inexistente na razoabilidade) e o terceiro relativo ao fato de que a proporcionalidade seria dirigida ao legislador e a razoabilidade levaria em conta argumentos subjetivos (ibidem, loc. cit.). O autor, entretanto, posiciona-se no sentido de que a proporcionalidade é um aspecto da razoabilidade (ibidem, p. 65).

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 425.

⁸¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66.

⁸² SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 96.

⁸³ Em sentido diverso, afirmando não haver ponderação nos dois primeiros subprincípios, vide: BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Varlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 57.

pelo caminho metodológico da proporcionalidade⁸⁴ para sopesar os princípios colidentes do caso concreto.

9 PROBLEMAS DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: DO USO AO ABUSO

Os tópicos anteriores são uma tentativa de lançar mão de uma dogmática da proporcionalidade, mostrando suas abordagens principais. Evidentemente, tais tópicos estão longe de incorporar a significação da proporcionalidade para o direito contemporâneo. A utilidade desse resgate doutrinário está em demonstrar que a proporcionalidade, muitas vezes, afastou-se dessas bases dogmáticas, especialmente na jurisdição.

Com efeito, em um contexto de hiperinflação do princípio da proporcionalidade, na ciência e na aplicação do direito, há diversos acertos. Mas parecem haver desacertos também.

Um desses desacertos está na *falta de sistematização*. Muitas vezes, as monografias sobre o tema desenvolvem apenas uma ou algumas dessas abordagens. Às vezes, faltam acordos semânticos para entender, na análise e na aplicação da proporcionalidade, sobre o que, de fato, se está a falar. Afinal, método, regras, princípios e postulados não são aspectos distintos de um mesmo fenômeno. São distintos fenômenos.

Soma-se a esse problema, acadêmico na origem mas que se alastra para a aplicação do direito, o fato de que *o nomen iuris* dado à proporcionalidade nunca é irrelevante. Há que ser vista com parcimônia a afirmação de Humberto Ávila, após intitular a proporcionalidade de postulado normativo aplicativo, de que “[a] denominação é secundária”⁸⁵. Diferente do que acontece na literatura⁸⁶, para a linguagem jurídica o nome, via de regra, importa. Dizer que os nomes

⁸⁴ Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos identificam etapas de aplicação na ponderação: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 346-7.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 90.

⁸⁶ Como ocorre na famosa passagem de Romeu e Julieta, quando ela, no jardim dos Capuleto, pergunta a ele “o que há no nome?”, para concluir que o que chamamos uma rosa teria o mesmo doce perfume se tivessem qualquer outro nome (SHAKESPEARE, William. *The Complete Works*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 352).

“postulado” ou “regra” não importam seria equivalente, por analogia, a dizer que o tributo sem vinculação de receita é o imposto, mas chamarei de taxa.

Outro problema quando se analisa a proporcionalidade é aquele de, preliminarmente à abordagem da proporcionalidade como método interpretativo, *não se questionar a própria possibilidade de um tal método*. Trata-se de um problema que remete, inexoravelmente, à fenomenologia hermenêutica, e, de um modo mais peculiar, a Hans-Georg Gadamer. Em Gadamer, interpretar é incompatível com um procedimento de conformação a cânones preestabelecidos, uma vez que estes seriam negados pela carga de pré-compreensão do sujeito histórico. O fato de a interpretação relacionar-se com a existência, não com o recurso de trâmites apenas linguísticos, impossibilitaria um método *a priori* de interpretação⁸⁷.

O maior dos problemas relacionados à proporcionalidade no direito contemporâneo, todavia, não é acadêmico, mas se relaciona à jurisdição. Trata-se da *insegurança jurídica* gerada a partir da sua aplicação.

David Beatty, em interessante livro sobre o *Rule of Law*, sustenta: “[...] Uma vez que ela [a proporcionalidade] é capaz de fazer evoluir a intensidade das preferências subjetivas das pessoas de um modo objetivo, ela pode garantir mais liberdade e igualdade do que qualquer teoria rival foi capaz de permitir”⁸⁸.

Note-se que o pressuposto da proporcionalidade, em um dizer do autor que reflete um certo “protocolo de intenções” da proporcionalidade em seu nascedouro, estava exatamente na possibilidade de uma objetivação das preferências individuais. Ao se acrescer um método à ponderação de princípios, ter-se-ia uma substituição de um “decisionismo judicial”⁸⁹, onde a decisão

⁸⁷ GADAMER, Hans. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 392-3. Essa, inclusive, a razão da famosa polêmica entre o filósofo e o jurista Emilio Betti. Sobre a posição de Betti e a polêmica, vide: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Betti x Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1753/1450>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁸⁸ BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 172.

⁸⁹ Para uma crítica sobre o “decisionismo judicial” relacionado ao abuso desses procedimentos de ponderação, a partir de uma crítica da hermenêutica à teoria da argumentação de Alexy, vide: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226-42.

advém da “consciência”⁹⁰ do juiz, por um procedimento no qual se pode ter algum teor de certeza e de previsibilidade nas decisões judiciais. Por vezes, no exercício jurisdicional, esquece-se que a proporcionalidade é, pois, também um instrumento de segurança jurídica⁹¹, o qual deve andar em par com a justiça, sob pena de seu uso tornar-se abuso, em inconsequente ofensa à separação dos poderes. Inclusive porque, deve-se sempre lembrar, os Poderes Legislativo e Executivo, para a edição de leis e atos administrativos, realizam também suas ponderações, às quais é acrescida uma qualidade que a jurisdição, por sua natureza, não possui: o elemento democrático.

10 APROXIMAÇÕES PARA POSSÍVEIS SOLUÇÕES: DE VOLTA AO USO

Se a proporcionalidade já alcançou certa maturidade científica, a noção de seu abuso é, ainda, incipiente. Trata-se esse de um fenômeno recente para o qual – com os cuidados para não cometer uma involução à exegese – devemos estar atentos.

A fim de contribuir para essa atenção, e após termos levantado o material de trabalho acerca da proporcionalidade, cumpre fincarmos algumas aproximações para possíveis soluções ao problema. Nessa proposta, reflexo de uma tentativa de absorção do todo exposto, concebe-se que a proporcionalidade permite duas naturezas distintas: a de *princípio* e a de *metanorma*⁹².

A proporcionalidade pode ser entendida desde uma natureza de princípio quando existe como um comando de objetivo específico, aplicável com maior ou menor densidade interpretativa, ensejando um “sentido de proporcionalidade”. De fato, guardada essa natureza, revela a noção de um

⁹⁰ Sobre o tema, vide: STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto, decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁹¹ Sobre o tema, vide, por todos: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁹² A proposta aqui apresentada guarda similitude com a ideia de Wilson Steinmetz, de apresentação da proporcionalidade em dupla perspectiva, uma normativa e outra metodológica (STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 12). Opta-se, porém, por um desmembramento da perspectiva normativa em proporcionalidade-regra e proporcionalidade-princípio.

princípio de proporcionalidade⁹³, ou seja, um princípio que requer proporção em algum sentido relacional que tenha se tomado como base interpretativa. Como exemplos constitucionais, tem-se o art. 45, § 1º, na parte em que determina que a composição representativa da Câmara dos Deputados obedeça à proporcionalidade da população dos Estados e do Distrito Federal, e o art. 145, § 1º, na parte em que estabelece um poder-dever de se estabelecer uma gradação dos impostos pessoais proporcionalmente à capacidade econômica do contribuinte. Essa noção de proporcionalidade pode aparecer em atos normativos de hierarquia infraconstitucional ou, mesmo, em atos administrativos.

Nesse sentido de princípio, a proporcionalidade poderia ser conceituada como *uma diretriz normativa jurídico-axiológica, positivada ou não, que estabelece uma razão relacional na concretização de um determinado bem jurídico, seja obrigando em comissão, seja obrigando em omissão, tanto os particulares como o Poder Público.*

Não obstante, a proporcionalidade pode ser entendida também desde uma natureza de metanorma (aceitando-se, pois, a concepção segundo a qual há, no direito, metanormas, ou normas de segundo grau, que estruturam as demais normas), quando é utilizada na interpretação daqueles que se convencionaram chamar “casos difíceis” (*hard cases*), isso é, casos em que dois ou mais princípios, *in concreto*, apresentam-se de modo colidente. Nessa perspectiva, a proporcionalidade, mais do que diretriz normativa, é uma diretriz de aplicação das regras e dos princípios subsumíveis ao caso concreto. Nessa função, a proporcionalidade é – conforme referido em crítica – *um instrumento de equidade e de decidibilidade, invocando, respectiva e concomitantemente, os valores da justiça e da segurança jurídica.*

Diante desses contornos, a proporcionalidade no sentido de uma metanorma pode ser conceituada como *uma diretriz axiológica para a resolução de casos jurídicos nos quais diferentes princípios são colocados, concretamente, em colisão, valendo-se de parâmetros de decidibilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como instrumentos para a realização da justiça.*

⁹³ O desígnio da proporcionalidade sem o artigo na preposição tomamos de empréstimo de Carlos Alberto Molinaro (MOLINARO, Carlos Alberto. *A Metáfora do círculo de Álcman*. O direito como produto cultural: uma abordagem culturalista do princípio da proporcionalidade. Texto escrito em 2005. Manuscrito gentilmente cedido pelo autor, p. 26). A utilização da preposição com e sem artigo nos parece, de algum modo, esclarecedora da diferença entre o que aqui chamamos proporcionalidade-princípio e proporcionalidade-metanorma.

Note-se, dentro do escopo dessas aproximações, que o viés da conceituação deixa de ser apenas acadêmico, mas tem por norte os apontados problemas jurisdicionais. Isso porque, ao se relembra a dogmática da proporcionalidade, sublinhando que a proporcionalidade é uma evolução da equidade clássica exatamente onde ganha parâmetros de decidibilidade, busca-se trazer de volta, para a memória de trabalho do exercício jurisdicional, que a ponderação não é um exercício onde o intérprete deve enxergar a si mesmo⁹⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversas são as abordagens que se podem extrair de um resgate dogmático da proporcionalidade, as principais delas analisadas anteriormente. A evolução dessa dogmática, que houve por colocar a proporcionalidade no epicentro do exercício jurisdicional, não é, em si, uma causa de incertezas jurídicas, inclusive porque sua adoção foi menos uma escolha dos intérpretes e mais uma consequência da organicidade do sistema jurídico contemporâneo, o qual, sempre atrelado à realidade subjacente à norma, repele as soluções *a priori*. De há muito já não se resolvem mais os problemas fundamentais do direito por *mos italicus*, entendendo a lei pela lei.

Em todas as abordagens analisadas antes, mas especialmente como um “método de interpretação”, é importante concluir, porém, que a complexidade e a abertura do sistema jurídico contemporâneo – no qual a proporcionalidade entrou em cena com toda a sua força – está dentro de um contexto jurídico, não moral. Isso importa, na prática, em dizer que a proporcionalidade não se limita – como fazia a equidade clássica – à busca da “justiça do caso concreto”. Ela, para além desse papel de certo modo substitutivo da equidade clássica, é entendível como um instrumento para esse desiderato de busca da justiça do caso concreto sob o norte da segurança jurídica.

⁹⁴ Como referido, ainda em outro contexto: “[o] juiz que olvida a realidade e, na interpretação, absorve só a si mesmo, interpreta mal por agir como um Narciso que, cheio de si, afoga o sistema jurídico em lágrimas por lhe deixar vazio”; todavia, em uma sentença não menos verdadeira, “o juiz que fica alheio à busca constante pela justiça e interpreta com a desculpa de preservar uma quimérica imparcialidade, interpreta mal porque a cada exegese corrupta do substancialismo axioprincipiológico do sistema jurídico deixa sua imagem semelhante àquela também narcísica do personagem de Oscar Wilde e vai distorcendo aos poucos a alma do Direito no retrato da vida” (HAEBERLIN, Mártin. O juiz e a outra história: uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção. *Revista da Ajuris*, v. 104, p. 169-188, 2006, p. 186).

É no valor da segurança jurídica – o qual deve ser pensado em par com o valor da justiça – que está o “plus” da proporcionalidade em relação à equidade clássica. Mal comparando – para efeito de ilustração –, assim como a Lei das XII Tábuas foi considerada uma conquista histórica dos plebeus, porque, com ela, as leis que eram antes guardadas às portas fechadas nos palácios passaram a ser disponibilizadas a todos, teve-se – na origem da proporcionalidade – exatamente o objetivo de retirar a solução do caso concreto da “consciência” do magistrado e a disponibilizar à conferência de todos, frente à procedimentalização dessa solução.

Todavia, vezes há em que o juízo substitui esse procedimento – cujos critérios foram construídos e aperfeiçoados em anos de ciência, como se pôde demonstrar – por uma noção vaga de proporcionalidade, onde a proporcionalidade é entendida sob o signo de uma abstrata “ponderação de princípios”. Uma ponderação da qual tudo é extraído ou extraível. E da qual o jurisdicionado não possui qualquer controle.

Nesse sentido (nefasto) que a proporcionalidade, por vezes, tomou nos últimos anos, abriu ela as portas para um certo retorno ao realismo jurídico. Em outras palavras, no quadro proposto por este estudo, pode-se dizer que, quando a proporcionalidade é descolada dos seus elementos dogmáticos, o uso da proporcionalidade dá lugar ao seu abuso.

Não é verdadeira a ideia, referida ao início deste texto, de que todo ato jurisdicional é um ato de jurisdição constitucional. Afinal, se todo caso é um *hard case*, obriga-se a concluir que nenhum caso é um *hard case*. E isso obrigaria, por conseguinte, a um retorno para um momento anterior a toda importante construção dogmática aqui analisada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151-179, 1999.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23, p. 65-78, 1998.

_____. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SOARES, José Roland Cavalcante (Coord.). *Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Varlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 18.331, Tribunal Pleno, Rel. Min. Orozimbo Nonato, J. 21.09.1951. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. Prefácio. In: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

EINSTEIN, Albert. Sobre a eletrodinâmica dos corpos em movimento. In: *Textos fundamentais da física moderna*. O princípio da relatividade. 5. ed. Trad. Mário José Saraiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, v. I, 2001.

FISCHER. A violação do princípio da proporcionalidade por regras que extinguem a punibilidade em crimes econômico-tributários. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 28, ano 6, p. 138-153, nov./dez. 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000.

GADAMER, Hans. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990.

GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. Trad. Henrique Moreira Leites. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 40, nov./dez. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HAEBERLIN, Martín. O juiz e a outra história: uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 104, p. 169-188, 2006.

_____. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

IRMEN, Friederich. *Langensheidts. Taschenwörterbuch der Portugiesischen und Deutschen Sprache. Erster Teil*. Berlin-München-Wien-Zürich: Langenscheidt, [s.d.].

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Abril, 1974.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade (problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros). *Revista da Ajuris*, n. 101, ano XXXIII, p. 193-233, mar. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto de Direito Constitucional, 2000.

_____. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____ et al. (Org.). *Hermenêutica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MOLINARO, Carlos Alberto. *A metáfora do círculo de Álcman*. O direito como produto cultural: uma abordagem culturalista do princípio da proporcionalidade. Texto escrito em 2005. Manuscrito gentilmente cedido pelo autor.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. I, 1954.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. Federal Courts and the Law: an essay. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Traduzido e adaptado por Ingo Wolfgang Sarlet. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 2, ano 1, abr./jun. 1999.

SHAKESPEARE, William. *The Complete Works*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Betti x Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1753/1450>>. Acesso em: 14 out. 2017.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto, decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

THOMAS, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Portland Oregon, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

Submissão em: 21.10.2017

Avaliado em: 13.08.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 26.09.2018 (Avaliador B)

Aceito em: 29.01.2019

