

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Rachel Leticia Curcio Ximenes

O princípio da proporcionalidade e o Direito Constitucional

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Rachel Leticia Curcio Ximenes

O princípio da proporcionalidade e o Direito Constitucional

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos.

SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora

*À Deus, pela sabedoria
Aos meus pais, pelo exemplo de vida
A todos aqueles que se apaixonaram pela ciência
do direito.
A todos aqueles que anseiam por um mundo mais
digno e justo.
A todos aqueles que lutam em prol da dignidade
humana.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me permitir sempre estar em sua presença e alcançar tão desejado título.

A minha família, a qual amo muito, pelo carinho, paciência e incentivo.

A PUC, minha eterna faculdade, base da minha vida acadêmica e profissional.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Oliveira Fausto Figueiredo Santos por me mostrar o caminho da ciência, por acreditar no futuro desse projeto e contribuir para o meu crescimento acadêmico. Sua participação foi fundamental para a realização deste trabalho.

A todos os professores do curso de Direito da PUC que foram muito importantes na minha vida acadêmica, no desenvolvimento desta monografia, e em muito acrescentaram com os seus ensinamentos, cito alguns deles: Prof. Roberto Dias, Prof. Luis Guilherme Arcaro Conci e Profª. Maria Garcia.

A todos os meus amigos que fizeram parte desses momentos, sempre me ajudando e incentivando.

A todos aqueles que participaram de alguma forma na construção e realização deste tão desejado sonho.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

À todos vocês, meu muito obrigada.

“A sabedoria dos homens é proporcional não à sua experiência mas à sua capacidade de adquirir experiência" (Bernard Shaw).

“A medida da vida deveria ser proporcional à intensidade da experiência mais do que à sua duração”. (Thomas Hardy)

RESUMO

Esta dissertação insere-se na polêmica acerca da racionalidade de uma das formas desenvolvidas para lidar com a aplicação de princípios jurídicos – a proporcionalidade. Como primeira aproximação, a proporcionalidade é uma possível maneira pela qual o intérprete-aplicador do direito resolve conflitos entre princípios jurídicos, decidindo qual deles terá precedência sobre o outro diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Ocorre que a proporcionalidade não é uma unanimidade, eis que possui sua própria racionalidade, racionalidade esta controversa. As divergências envolvem desde a própria conceituação de princípios jurídicos como normas de dever-ser até a forma de resolver conflitos entre eles. Nessa análise, há que se levar em conta ainda a necessária relação entre proporcionalidade e direitos fundamentais. No desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o direito comparado, com o objetivo de demonstrar que a proporcionalidade não assume a mesma feição em todas as nações, seja no tocante à sua origem, seja no tocante à sua estrutura. Por conseguinte foi também utilizada a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a fim de identificar as divergências e questionar o uso da proporcionalidade pelos ministros. E por fim analisou-se a proporcionalidade sob a perspectiva do Poder Legislativo. Desse modo, a dissertação busca mostrar onde os autores que criticam e sustentam a proporcionalidade divergem, e como isso pode ser trazido também para a seara da decisão judicial. Em outras palavras, seu argumento consiste na demonstração de que a crítica à proporcionalidade como forma subjetiva e não controlável de aplicação do direito falha, porque é possível desconstruir as decisões judiciais e as posições doutrinárias, de maneira a identificar as razões para as divergências e possibilitar o controle racional do uso da proporcionalidade.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Razoabilidade. Ordenamento Jurídico. Supremo Tribunal Federal. Legislativo.

ABSTRACT

This dissertation is inserted in a controversy around rationality in frames developed to deal with the application of legal principals – proportionality. As a first approach, proportionality is a possible manner by which the applicant interpreter in legal rights solves conflicts among legal principals by deciding which one of them will have precedence upon one another regarding phatic circumstances e legal ones in a concrete case. Proportionality is not unanimity as it has its own thought, being either controversy. Differences involves since its ideal thinking in legal principals all the way to duty rules up to the form of solving conflicts among them. In these analyses, it is necessary to take into account the need of a relationship between proportionality and fundamental Law. In the development of this research it has been used compared Law aiming in demonstrating proportionality not assumed in the same examination in all nations, either when it comes to its origin and structure. It has been also used the analysis in the Supreme Court in Brazil aiming in identifying differences and the act of questioning the use of proportionality by its ministers. Thus, it has been analyzed proportionality on Legislative Parliament. Finally, such study aims in showing authors who sustain proportionality, how do they bring its contents and how it can be brought up on legal decisioning. In other words, its argumentation consists of demonstrating what the critics are all about in a subjective way and not being controlled upon fails in Law as it is possible to deconstruct legal decisions and doctrinaire opinions in a way to identify reasons why differences may enable rational control in making use of proportionality.

Key Words: Principle of proportionality. Reasonableness. Legal Ordering. Supreme Court. Legislative.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Características da proporcionalidade e da razoabilidade conforme Fábio Calcini	32
Quadro 2: Análise do MS 32.033	99
Quadro 3: Análise da ADI-MC 4467/DF	108
Quadro 4: Análise ADPF 130/DF	115
Quadro 5: Análise ADI 4.430/DF	132
Quadro 6: Questões art. 91-A	137
Quadro 7: Análise da Nova Lei de Imprensa	145

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A PROPORCIONALIDADE EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO DE PRINCÍPIOS E REGRAS	15
2.1 Ascensão dos princípios no Direito Constitucional	15
2.2 A distinção entre princípios e regras	18
2.3 A técnica da proporcionalidade	25
2.3.1 A estrutura da proporcionalidade	25
2.3.2 Diferença para outros institutos ou técnicas	31
2.3.3 A proporcionalidade no Brasil	33
2.4 Racionalidade e Segurança Jurídica num Direito baseado em Princípios	35
3 O DEBATE EM TORNO DA PROPORCIONALIDADE	40
3.1 Sobre a Relação Necessária entre Proporcionalidade e Direitos Fundamentais	40
3.2 Sobre as Objeções à Proporcionalidade	47
3.3 Sobre a (Ir)racionalidade na Proporcionalidade	54
4 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO	64
4.1 A Proporcionalidade no Direito Alemão	65
4.2 A Proporcionalidade no Direito Estadunidense	70
4.3 A Proporcionalidade em Outros Países	75
5 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): ANÁLISE DE ALGUNS CASOS	84
5.1 Considerações Metodológicas	86
5.2 Breves Anotações sobre a Jurisprudência do STF e o Princípio da Proporcionalidade	87
5.3 Análise de Casos	90
5.3.1 Caso do Partido Rede: o Mandado de Segurança (MS) 32.033	90
5.3.1.1 O uso da proporcionalidade pela corrente vencedora	93
5.3.1.2 O uso da proporcionalidade pela corrente vencida	94
5.3.1.3 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade no julgamento	97

5.3.2 Caso do Documento para Votação: a Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 4.467/DF	100
5.3.2.1 O uso da proporcionalidade pela corrente vencedora	102
5.3.2.2 O uso da proporcionalidade pela corrente vencida	104
5.3.2.3 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade no julgamento	106
5.3.3 Caso da Lei de Imprensa: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/DF	108
5.3.3.1 O uso da proporcionalidade pela corrente vencedora	109
5.3.3.2 O uso da proporcionalidade pela corrente vencida	112
5.3.3.3 Apreciação crítica da proporcionalidade no julgamento	113
5.4 Síntese do capítulo	116
 6 O PODER LEGISLATIVO TAMBÉM PODE UTILIZAR A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE?	118
6.1 A Vinculação do Poder Legislativo aos Direitos Fundamentais	118
6.2 Legística e Proporcionalidade no Legislativo	120
6.3 Análise de Casos	126
6.3.1 Caso do Partido REDE: o Projeto de Lei nº 4.470/2012	126
6.3.3.1 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade	129
6.3.2 Caso do Documento para Votação: o Projeto de Lei nº 5.498/2009	132
6.3.2.1 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade	135
6.3.3 Caso da Lei de Imprensa: o Projeto de Lei do Senado nº 173/1991 e o Projeto de Lei da Câmara nº 3.232/92	137
6.3.3.1 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade	141
6.4 Síntese do capítulo	145
 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
 BIBLIOGRAFIA	151

1 INTRODUÇÃO

A ascensão dos princípios jurídicos ao centro do direito constitucional contemporâneo abriu um novo leque de possibilidades para a teoria e a dogmática da disciplina, a ponto de haver quem fale em um novo direito constitucional brasileiro.¹ Novas questões foram formuladas, levando a tentativas de resposta bem diferentes – a distinção entre princípios e regras é apenas uma delas e pode ser encontrada em praticamente todos os trabalhos sobre o assunto.²

Esta dissertação insere-se na polêmica acerca da racionalidade de uma das formas desenvolvidas para lidar com a aplicação de princípios jurídicos – a proporcionalidade.³ Como primeira aproximação, e tendo em vista o conhecimento difundido sobre o tema, a proporcionalidade é uma possível maneira pela qual o intérprete-aplicador do direito resolve conflitos entre princípios jurídicos, decidindo qual deles terá precedência sobre o outro diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Para tanto, ele aplica três testes, sendo dois referentes às condições fáticas (adequação entre meio e fim almejado; necessidade da restrição dos princípios), e um referente às condições jurídicas do caso (proporcionalidade entre a intensidade da restrição de um princípio e a intensidade da promoção do outro – proporcionalidade em sentido estrito).⁴

Ocorre que a proporcionalidade não é uma unanimidade, embora encontre cada vez eco na doutrina internacional – para alguns autores, vive-se uma “era da balanceamento”.⁵ Deixando de lado quem não considera os princípios como verdadeiras normas jurídicas e, portanto, entende que eles possuem apenas função nomogenética ou função interpretativa,⁶ as divergências envolvem desde a própria conceituação de princípios jurídicos como normas de dever-ser até a forma de resolver conflitos entre eles.

¹ BARROSO, L. R. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no
² *Ibidem*, p. 147-153; SILVA, V. A. da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44-56; ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35-78.

³ Opta-se, no momento, por não atribuir à proporcionalidade qualquer natureza, o que será feito posteriormente.

⁴ A descrição corresponde, em linhas gerais, à posição de Robert Alexy. Ela será vista com mais detalhes posteriormente.

⁵ ALEINIKOFF, A. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5, abril de 1987.

⁶ KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 94-101.

Enfocar-se-á no presente trabalho uma crítica específica: a ideia de que a proporcionalidade deve ser abandonada por não representar um método racional e controlável de aplicação dos princípios jurídicos. Quem a desenvolve defende que a proporcionalidade serve apenas para dar uma roupagem de método a uma opção subjetiva e arbitrária do juiz, ou camuflar uma opção valorativa sob a alcunha de “direitos”.⁷

Pretende-se desenvolver o argumento de que a proporcionalidade é um método racional e controlável de aplicação dos princípios jurídicos. Para tanto, optou-se por uma abordagem diferente. A dissertação não contará com um capítulo com diferentes críticas à racionalidade e outro com argumentos a favor dela, para então se chegar a uma solução pelo cotejo entre eles.⁸ Ela parte da ideia de que existe uma continuidade entre teoria, dogmática e prática jurídica, de modo que as divergências podem ser racionalmente explicadas pela identificação de discordâncias em algum desses momentos.

Desse modo, a dissertação busca mostrar onde os autores que criticam e sustentam a proporcionalidade divergem, e como isso pode ser trazido também para a seara da decisão judicial. Em outras palavras, seu argumento consiste na demonstração de que a crítica à proporcionalidade como forma subjetiva e não controlável de aplicação do direito falha, porque é possível desconstruir as decisões judiciais e as posições doutrinárias, de maneira a identificar as razões para as divergências e possibilitar o controle racional do uso da proporcionalidade.

Com vistas a esse objetivo, o capítulo 2 introduz a distinção entre princípios e regras e a proporcionalidade. Evidencia-se que a proporcionalidade pressupõe uma determinada forma de distinção, o que já explica algumas divergências mais básicas em torno do tema. Fixa-se, então, uma determinada distinção entre princípios e regras (a proposta de Alexy), que servirá de base para o trabalho.

O capítulo 3 enfoca a proporcionalidade em si. O objetivo é novamente mostrar os focos de divergência e de que maneira eles influenciam a forma de se enxergar a proporcionalidade. Alguns desses focos envolvem sua própria estrutura e, subjacente a isso, a

⁷ PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 44

⁸ Essa é a chamada “monografia de compilação”, na qual examina-se “o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto versado”, de modo a “harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção”. NUNES, R. **Manual da Monografia Jurídica**. Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 5 ed. Revista, atualizada e reformada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32.

defesa ou não da consideração de valores no exame. Em última instância, procura-se demonstrar que as principais divergências surgem quando se pretende acrescentar algum exame mais substantivo (em termos de valores) a um procedimento eminentemente formal de exame de circunstâncias fáticas e jurídicas.

O capítulo 4 traz um breve apanhado da proporcionalidade no direito comparado. Seu objetivo é demonstrar que, embora se fale num constitucionalismo global ou num uso internacionalmente difundido desse modo de aplicar os princípios jurídicos, a proporcionalidade não assume a mesma feição em todos eles, seja no tocante à sua origem, seja no tocante à sua estrutura.

O capítulo 5 é a primeira parte da análise da proporcionalidade na prática. Demonstra-se, por meio de julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que é possível identificar as divergências e questionar o uso da proporcionalidade pelos ministros. Não se trata, assim, de uma forma completamente subjetiva e não controlável de aplicação dos princípios. Os acórdãos foram escolhidos conforme lista do próprio tribunal sobre os principais julgamentos, presente nos relatórios de atividades de 2008 a 2013.

O capítulo 6 é a segunda parte da análise da proporcionalidade na prática. Ele apresenta os mesmos casos do capítulo anterior, mas sob a perspectiva do Poder Legislativo. Com base nas manifestações dos parlamentares durante a tramitação legislativa das leis impugnadas nos julgamentos e/ou dos projetos propostos posteriormente, procura-se identificar o uso da proporcionalidade ou dos seus testes no processo de criação das leis. O objetivo é mostrar que o legislador também verifica condições fáticas e jurídicas, mas não o faz da mesma forma.

2 A PROPORCIONALIDADE EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO DE PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Ascensão dos princípios no Direito Constitucional

Ronald Dworkin foi o principal responsável pela difusão da teoria dos princípios no Direito Constitucional.⁹ O autor propôs um “ataque geral ao positivismo jurídico”, em sua obra *Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)*.¹⁰ Segundo defendeu, o positivismo jurídico seria uma teoria jurídica adequada a um ordenamento de regras, mas não seria adequada para explicar o que os juízes realmente faziam ao julgar um caso. Na verdade, eles aplicavam outros padrões que não apenas as regras. A esses padrões jurídicos, Dworkin deu o nome de princípios jurídicos.

O autor inicia sua crítica distinguindo alguns tipos de proposições, como “Na aplicação desse princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante”, de outras proposições, como “A máxima velocidade legalmente permitida na auto-estrada é noventa quilômetros por hora”.¹¹ Procurou demonstrar que o primeiro tipo de frase oferecia um grande desafio à teoria do direito então dominante (década de 70), principalmente porque “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”.¹² Em seguida, passa a tratar da diferença de natureza lógica existente entre os dois padrões. Essa distinção será objeto de tratamento no tópico seguinte.

Importa salientar neste momento que autor americano deu a consistência teórica para um fenômeno que já ocorria no Direito após o fim da Segunda Guerra Mundial. A ideia de

⁹ BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 123.

¹⁰ DWORKIN, R. Modelo de Regras I. In DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

¹¹ *Ibidem*, p. 38-39.

¹² *Ibidem*.

que a legalidade se resumia às decisões legislativas ficou abalada após a utilização do próprio Estado de Direito pelo regime nazista para estruturar suas atrocidades.¹³

As Constituições do pós-guerra (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Brasil, dentre outros) incorporaram em seus textos diversos valores, transformando-os em padrões de comportamento. Na Constituição brasileira, por exemplo, prevê-se que a Administração Pública deve observar padrões de moralidade (princípio da moralidade administrativa), que a ordem econômica deve procurar harmonizar a iniciativa individual (princípio da livre iniciativa) com o bem-estar social (princípio da função social do trabalho), que o Estado deve se orientar pela promoção da paz e pela autodeterminação dos povos nas suas relações externas.

O tratamento dos princípios jurídicos pela doutrina e pela jurisprudência, no entanto, foi marcado pelos desafios que esse novo tipo de padrão de comportamento gerou. Os problemas surgiram principalmente no âmbito da hermenêutica jurídica e da decisão judicial. A existência dos princípios acaba se associando à ideia de “casos difíceis”. Ao contrário dos casos fáceis, nos quais o sistema oferece uma solução aparentemente clara para o caso concreto, nos casos difíceis a própria complexidade da situação em exame suscita a aplicação de mais de uma norma, com consequências jurídicas diversas.¹⁴

Roberto Baptista Dias explica com clareza a natureza aberta das normas principiológicas:

Os princípios [...] mostram-se como normas de natureza *aberta*, visto que, expressos em uma ou poucas palavras, acabam por comportar um rol bastante extenso de significados que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, apontando o caminho a ser seguido pelo intérprete.¹⁵

Assim, como interpretar e aplicar normas construídas a partir de enunciados vagos e imprecisos? Seria possível aplicá-las diretamente ao caso concreto? Haveria alguma diferença entre princípios e regras? De que natureza? Como seria possível conciliar os conflitos entre os vários princípios presentes no ordenamento?

¹³ Esse é o marco histórico do neoconstitucionalismo, nos dizeres de Luís Roberto Barroso. Cf. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 190-191.

¹⁴ BARROSO, L. R. O começo da história. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 154, nota 34.

¹⁵ SILVA, R. B. D. **Manual de direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007, p. 34.

Esses e outros questionamentos levaram a doutrina a elaborar novas formulações teóricas. Segundo Luís Roberto Barroso, a elevação dos princípios jurídicos ao *status* de norma vinculante suscitou a necessidade de uma nova forma de hermenêutica constitucional:

O reconhecimento de normatividade aos *principios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. [...] A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.¹⁶

Para o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, o método desenvolvido para solucionar essas questões é o da ponderação, ao contrário da subsunção, na qual é fixada tanto uma premissa maior (norma jurídica), mediante os métodos tradicionais da interpretação jurídica, como uma premissa menor (fatos do caso concreto), mediante a livre apreciação das provas trazidas aos autos.¹⁷

O autor explica que esse é um procedimento de três fases: na primeira, o julgador seleciona todas as normas aplicáveis e as agrupa em dois grupos de argumentos contrários; na segunda, ele confronta os dois grupos com as circunstâncias fáticas do caso, e dessa interação resultará o conteúdo adquirido pelos princípios; na terceira, realiza-se a ponderação propriamente dita, confrontando-se os dois grupos de princípios e as circunstâncias do caso de forma a harmonizá-los e encontrar um ponto ótimo de concretização de todas as normas. Formula-se, então, a regra de decisão que será aplicada ao caso concreto.¹⁸

É necessário, portanto, conhecer a distinção entre as normas para que se saiba se o caso em questão envolve a aplicação de princípios ou de regras. Importante observar, porém,

¹⁶ Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 199.

¹⁷ BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333. Carlos Bernal Pulido também considera que a ponderação e a subsunção são as duas formas básicas de aplicação das normas jurídicas (*Estructura y limites de la ponderación*. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003, p. 5).

¹⁸ BARROSO L. R., O começo da história. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 155-156.

que tanto num caso como no outro, está-se diante de normas jurídicas que vinculam e orientam comportamentos.

2.2 A distinção entre princípios e regras

Para alguns autores, os princípios são as bases fundamentais, as diretrizes básicas que guiam o caminho trilhado pela ciência. Nesse sentido, José Cretella Júnior afirma que “princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípio, nesse sentido, são alicerces da ciência”¹⁹. Carlos Ari Sundfeld considera que são “idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se”²⁰. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, define:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²¹

Alguns doutrinadores caracterizam os princípios como normas de posição hierárquica elevada em relação às outras normas, pois os princípios exerceriam uma função fundamental num sistema jurídico. É nesse sentido que se afirma que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra.²²

Por vezes, os princípios deixam de ter caráter mais abstrato e passam a ser utilizados de forma retórica, reforçando a importância de determinado mandamento. É, por exemplo, a menção ao “princípio da anterioridade”, tanto na esfera eleitoral, como na esfera tributária (arts. 16 e 150, III, *b* e *c*, da Constituição).²³ Percebe-se, porém, que a norma possui um

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 97, 1988, p. 7.

²⁰ SUNDFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18.

²¹ MELLO, C. A. B. D. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-818.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 959.

²³ Seguem os artigos, ambos da Constituição: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência” e “Art. 150.

conteúdo muito bem delimitado, consistente na proibição de aplicação da nova lei em um prazo determinado. Ela também não dá origem a outras normas, nem é abstrata e indeterminada. É algo diverso, portanto.²⁴ No entanto, para ressaltar o caráter de fundamentalidade dessa regra, que deve ser respeitada em qualquer hipótese, utiliza-se a denominação de “princípio”.

Aprofundando o tema, há quem considere que regras e princípios possuem uma distinção de grau. Os princípios são mais abstratos, mais indeterminados, mais fundamentais, mais moldáveis, mais abrangentes do que as regras.²⁵ O grau de abstração, de indeterminação, de fundamentalidade é o que define a diferença entre eles. Isso significa que a forma de aplicação, de resolução de conflitos, de interpretação normativa é a mesma, seja para regras, seja para princípios.

Em contraposição a essa posição, Alexy e Dworkin defendem uma distinção qualitativa entre essas espécies. Regras e princípios são normas de espécies diferentes, com estruturas, formas de aplicação e modos de resolução de conflitos distintos. Para Dworkin, as regras são decisões particulares em torno de uma conduta a ser tomada, e, por isso, se aplicam de um modo “tudo ou nada”. Ou se aplica a norma ao caso concreto que a ela se subsume, ou ela será inválida, se não for o caso de uma exceção. O conflito entre regras é aparente e pode ser resolvido pelas máximas tradicionais: regra posterior prevalece sobre a regra anterior, a superior prevalece sobre a inferior, a específica prevalece sobre a geral.²⁶

Com essa construção teórica, pode-se identificar o “princípio da anterioridade” como uma regra: os tributos não podem ser aplicados no mesmo exercício em que foram criados, exceto nas hipóteses previstas no art. 150, § 1º da Constituição. Se eles forem aplicados, a disposição que prevê essa hipótese será considerada inválida, ou criará uma exceção ao princípio da anterioridade, caso seja de mesma hierarquia.

Por outro lado, ainda segundo Dworkin, os princípios seriam aplicados mediante sopesamento, visto que possuiriam uma dimensão de peso. Ela corresponderia à importância

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.

²⁴ ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, julho 2001, p. 22.

²⁵ ROTHENBURG, W. C. **Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 17-29.

²⁶ DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

de cada princípio na argumentação desenvolvida judicialmente, visto que elas não oferecem orientações de conduta definitivas.²⁷

Alexy, pormenorizando a tese de Dworkin, explicou que os princípios são mandados de otimização. Para o autor alemão, eles são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.²⁸ Por outro lado, regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.²⁹

Carlos Bernal Pulido explica que a ponderação é a forma pela qual são aplicados os princípios:

Para estabelecer essa “maior medida possível” em que se deve realizar-se um princípio, é necessário confrontá-lo com os princípios antagônicos ou com os princípios que respaldam as regras opostas. Isto se leva a cabo em uma colisão entre princípios. Existe uma colisão entre princípios, quando em um caso concreto são relevantes dois ou mais disposições jurídicas, que fundamentam *prima facie* duas normas incompatíveis entre si, e que podem ser propostas como soluções para o caso.³⁰

A distinção é importante por mostrar que não apenas cabe ao intérprete desenvolver uma atividade criativa na construção do conteúdo jurídico dos princípios, como também que ele o faz de acordo com seu momento histórico. Conforme explica Luiz Guilherme Conci:

[...] havendo mais de uma possibilidade de decisão (A, B e C), pode o intérprete, hoje, tomar uma decisão (B), em detrimento de outras (A e C), sem que se impeça que mais à frente, em caso semelhante, sejam as outras possibilidades as escolhidas (A ou C), vez que não há declaração de

²⁷ DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 42-43; 46-47.

²⁸ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²⁹ *Ibidem*, p. 91.

³⁰ Tradução livre da autora. Estructura y límites de la ponderación. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, 2003, p. 6. No original: “Para establecer esa “mayor medida posible” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso”.

invalidade (de A ou C), e sim a atribuição de maior peso ao princípio escolhido (B).³¹

A explanação feita até agora representa o pensamento mais difundido sobre o conceito de princípios e sobre os traços que os distinguem das regras. Vale a menção também à síntese das distinções, apresentada pelo mestre português J. J. G. Canotilho. Segundo o autor luso, geralmente se sugerem vários critérios para a distinção entre eles:

a) Grau de abstracção: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida;

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa;

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);

d) «Proximidade» da ideia de direito: os *princípios* são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (Dworkin) ou na «ideia de direito» (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) Natureza normogenética: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

[...]

As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; [...]³²

³¹ CONCI, L. G. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008, p. 16.

³² **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

Na doutrina brasileira, vale mencionar o embate entre Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva.

Humberto Ávila ao questionar os parâmetros apontados, apresentou uma nova concepção sobre a distinção entre princípios e regras. O mencionado autor partiu da premissa básica da separação entre dispositivo e norma. O primeiro consiste no texto escrito tal qual posto pelo legislador. Assim, o dispositivo do art. 18, § 1º da Constituição é “Brasília é a Capital Federal”. Ao contrário, a norma é o resultado da interpretação do dispositivo. Assim, a norma contida no texto legal seria “Brasília deve ser a Capital Federal da República Federativa do Brasil”. Diante desse panorama, Ávila teceu as seguintes críticas³³:

1) tanto as regras como os princípios exigiriam interpretação, de forma que a aplicação das regras não ocorreria na forma do “tudo ou nada” preconizado por Dworkin e Alexy, como se fosse algo mecânico;

2) regras também poderiam ser ponderadas nos casos concretos, sem que uma delas fosse necessariamente invalidadas. A ideia de colisão de regras sem invalidação descaracterizaria a diferenciação para os princípios;

3) os princípios não seriam realizados sempre na maior medida possível. Na verdade, além de consubstanciarem normas e, portanto, também deverem ser aplicados aos casos concretos, os princípios poderiam se relacionar de diferentes formas, desde a completa indiferença, até a completa exclusão.

Depois de questionar a doutrina mais difundida sobre princípios e regras, Humberto Ávila propõe a sua definição sobre as espécies normativas, levando em conta três fatores essenciais.

O primeiro fator essencial de definição é o modo como a norma prescreve o comportamento.³⁴ Os princípios teriam como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas, enquanto as regras teriam a adoção da conduta descrita. Em outras palavras, o princípio estabelece um fim a ser atingido, facultando ao hermenêuta a elaboração de uma regra que alcance tal finalidade. Já as regras, de forma mais simples, exigiriam que

³³ ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, julho 2001, p. 40-63.

³⁴ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71-73.

determinada conduta fosse adotada porque a lei não quer só a realização de um fim, mas, sim, a realização de um fim de acordo com o modo por ele escolhido.

O segundo fator essencial consiste na natureza da justificação exigida.³⁵ Para a aplicação dos princípios o intérprete deve demonstrar o fim almejado pelo princípio e, principalmente, que o meio por ele escolhido (regra estabelecida) é adequado para tanto. A aplicação das regras, por sua vez, depende da demonstração de correspondência entre o conceito da norma e o conceito dos fatos, pois a decisão já foi tomada pelo legislador.

O terceiro fator essencial refere-se ao modo como contribuem para a decisão.³⁶ Os princípios seriam primariamente complementares e preliminarmente parciais, porque abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões para a tomada de decisão. As regras, ao contrário, seriam preliminarmente decisivas e abarcentes, pois pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão e têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito de razões.

Em síntese, para Humberto Ávila regras seriam normas imediatamente descritivas, primariamente respectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios, por sua vez, seriam normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.³⁷

As regras estariam mais diretamente ligadas aos casos que os princípios: a relação de uma regra com o caso seria sempre mais clara do que a relação de um princípio com o mesmo caso. Os princípios não tipificariam os pressupostos e as conseqüências da sua aplicação e possuiriam uma força irradiante que resulta do fato de terem uma ampla justificação racional, ética ou axiológica (estão abertos a uma multiplicidade de novas situações e permitem, por

³⁵ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73-76.

³⁶ *Ibidem*, p. 76-78.

³⁷ *Ibidem*, p. 78-79.

isso, resolver um caso com maior justiça e correção do que sucederia se apenas se aplicassem regras).³⁸

A distinção quantitativa de Ávila não resiste, porém, a um exame mais detalhado. Virgílio Afonso da Silva respondeu com precisão aos principais pontos por ele levantados.³⁹ Os principais argumentos do autor podem ser sintetizados da seguinte forma:

1) tanto as regras como os princípios devem ser interpretados, como afirma Ávila. Contudo, somente as regras podem ser diretamente aplicadas após a interpretação. Os princípios, ao contrário, ainda podem colidir e, portanto, exigir harmonização;

2) princípios são deveres *prima facie*, enquanto regras são deveres *definitivos*. A distinção ainda é qualitativa, uma vez que por deveres *prima facie* se entendem todos aqueles deveres que competem entre si para levar a pessoa a conduzir de determinada forma. Somente após a conciliação entre eles a pessoa obtém um dever definitivo, em relação ao qual ela pode obedecer (se seguiu-lo) ou desobedecer (se não seguiu-lo). No caso dos princípios, deixar de seguir um princípio não significa deixar de obedecê-lo, porque é possível que se esteja prestigiando outra norma concorrente. Por isso, Virgílio Afonso da Silva afirma não apenas que as colisões são reais, mas que não ocorre qualquer invalidação de princípios;

3) os princípios continuam sendo mandamentos de otimização. Primeiro, porque da sua harmonização decorrerá a regra de decisão, mas não antes. Assim, eles continuam a ser realizados na maior medida possível. Segundo, porque as colisões apontadas por Ávila (colisão total, indiferença entre princípios) não são exemplos fidedignos do que ocorre. Se há indiferença entre princípios, não há colisão; se há exclusão total, não há declaração de invalidade, como ocorreria com uma regra.

A distinção qualitativa entre regras e princípios, portanto, permanece a salvo dos ataques. Dois outros argumentos podem ser acrescentados às considerações anteriores. Primeiro, não se concebe a possibilidade de que princípios sejam declarados inconstitucionais. Essa observação comum já parece indicar que há uma dimensão diferente nos princípios que não existe nas regras.

³⁸ CORTÊS, A. **Jurisprudência dos princípios**: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

³⁹ SILVA, V. A. da. Princípio e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003.

Segundo, a interpretação das regras continua seguindo uma aplicação na base do tudo ou nada. Antes de se definir o conteúdo da norma, é necessário verificar qual das regras presentes no sistema será aplicada. Isso porque é necessária uma única premissa maior que consiga abranger a situação concreta (premissa menor). Ao contrário, no caso dos princípios, a seleção de normas aplicáveis não permite a exclusão de outros princípios que possuem igual âmbito de abrangência. Regras e princípios não são iguais nesse sentido. Em um, a aplicação só é possível se uma única norma for considerada (regras); em outro, a aplicação é possível, não obstante mais de uma norma pareça ser aplicável (princípios).

Mais do que isso, como se verá a seguir, o princípio da proporcionalidade prospera na aplicação de princípios, não na aplicação de regras.

2.3 A técnica da proporcionalidade

2.3.1 A estrutura da proporcionalidade

Consideramos, assim como Renato Khamis, que a proporcionalidade não é uma norma jurídica.⁴⁰ Ao contrário, ela é uma técnica de resolução de conflito entre princípios, especialmente direitos fundamentais, e decorre da exigência de que os órgãos decisores, principalmente o Poder Judiciário, atuem de modo racional e justificado na restrição ou promoção dos direitos. Dessa forma, ela seria um imperativo do próprio Estado Democrático de Direito, que exige que o Poder Público atue de forma pautada pela lei, motivando seus atos e atuando apenas quando é necessário, de maneira proporcional.

A técnica da proporcionalidade é a ferramenta à disposição dos intérpretes dos direitos fundamentais para conciliar princípios em colisão. No mesmo sentido, Gilmar Mendes afirma no HC 82.424/RS, que

⁴⁰ KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Um inventário dos principais autores brasileiros que tratam da proporcionalidade pode ser verificado no segundo capítulo da tese (p. 11-64).

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, [...] estabelece um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição do excesso’ nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...].

Embora seja questionável a equivalência da técnica da proporcionalidade com a cláusula do devido processo legal, observa-se que a proporcionalidade serve para impedir que restrições a direitos fundamentais interfiram de modo excessivo no âmbito de proteção desses direitos. A fixação desse “limite dos limites”, como afirma Gilmar Mendes, deve ser feita *in concreto*, de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso. Pode-se dizer que cada direito fundamental possui, sim, um núcleo essencial, mas que esse núcleo essencial não existe *a priori*.⁴¹ Ele é determinado caso a caso, conforme se resolve o conflito com os outros direitos fundamentais.

A proporcionalidade não pode ser utilizada para resolver conflitos entre regras, mas apenas conflitos entre princípios. Isso decorre justamente do fato de que as regras já possuem um conteúdo definido (direitos estabelecidos de forma definitiva). Os conflitos entre elas são, portanto, apenas aparentes, porque já foram resolvidos anteriormente. Ao contrário, no caso dos princípios, a definição do conteúdo só ocorre depois que o intérprete concilia os diferentes princípios no caso concreto.

O objetivo da proporcionalidade, então, como técnica, é possibilitar essa harmonização. Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva:

[...] objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos proporcionais tome dimensões desproporcionais. Para alcançar este objetivo, a ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.⁴²

Os exames que compõem a proporcionalidade não são unanimidade entre a doutrina. A maioria das obras, como a citação anterior de Virgílio Afonso da Silva, aponta uma

⁴¹ SILVA, V. A. da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196-197.

⁴² SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 2.

estrutura trifásica, formada pelos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Há, porém, autores que apontam uma estrutura de quatro fases, inserindo, como primeiro teste, a apreciação da legitimidade dos fins.⁴³ Apresenta-se a seguir a estrutura da proporcionalidade mais difundida, conforme a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

O exame da adequação é uma apreciação da relação entre a medida e a finalidade que se deseja obter com ela.⁴⁴ Se uma medida não é apropriada para atingir, ou, nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva, ao menos fomentar a consecução de um objetivo⁴⁵, mas restringe a promoção de outro princípio, então ela deve ser proibida por reduzir as condições fáticas de realização do outro princípio. Então, a força normativa do princípio restringido serve como obstáculo para a validade da medida (eficácia bloqueadora).⁴⁶

A discussão em torno do exame de adequação não é simples como parece à primeira vista. Não apenas é possível se discutir se a medida deve atingir efetivamente o objetivo ou apenas fomentá-lo, mas também o grau de exigência que o exame envolve e a quem cabe o ônus de evidenciar a adequação da medida. Assim, pode-se entender que a adequação exige uma comprovação científica da promoção do fim, ou que basta um liame provável entre meio e finalidade. Pode-se entender que cabe ao legislador evidenciar que a medida é adequada, ou que cabe à parte que a questiona mostrar que é inadequada. É possível, inclusive, incluir no exame de adequação uma consideração em torno da legitimidade do objetivo.⁴⁷ Outro problema diz respeito ao momento em que deve ser aferida a adequação: se no momento da edição da norma ou se no momento da análise da proporcionalidade da medida.⁴⁸ Algumas dessas questões serão retomadas nos capítulos seguintes.

⁴³ KHOSLA, M. Proportionality: An assault on human rights?: A reply. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 305.

⁴⁴ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁶ ROTHENBURG, W. C. **Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 24.

⁴⁷ Luiz Guilherme Conci não apenas inclui a apreciação da legitimidade do fim na proporcionalidade, como admite ser possível ponderar não apenas direitos fundamentais, mas também bens coletivos constitucionalmente protegidos (CONCI, L. G. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008, p. 17-19). Há autores que divergem dessa posição, como será visto no capítulo 3.

⁴⁸ CALCINI, F. P. **Razoabilidade e proporcionalidade das leis**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 139.

O *exame de necessidade* envolve a constatação de que a medida tomada é a medida necessária à luz dos princípios considerados. Uma medida será necessária quando ela for tão ou mais eficaz que as suas alternativas, mas igualmente ou menos restritiva para os princípios apreciados. Se ela for menos eficaz, ela não será a alternativa que promoverá as circunstâncias fáticas de maneira ótima; se ela for igualmente ou mais eficaz, mas for mais restritiva para outro princípio do que outra medida, o princípio restringido exigirá que seja rejeitada. Em suma, o exame determina que se proceda a uma comparação de medidas alternativas para que se busque, dentre elas, a que otimize mais as circunstâncias fáticas de todos os princípios envolvidos no caso concreto.

Assim como no anterior, o exame da necessidade também suscita outros problemas. Como Alexy admite:

Completamente diferentes são os problemas que podem surgir quando estão envolvidas mais pessoas. De novo, M_1 e M_2 são duas medidas igualmente adequadas em relação ao princípio P_1 , perseguido pelo Estado. M_1 afeta menos que M_2 o direito *prima facie* de a , garantido por P_2 . M_2 afeta menos que M_1 o direito *prima facie* de b , garantido por P_2 ou por um outro princípio P_3 . Também nesse caso a máxima da necessidade não permite nenhuma decisão.

Esses problemas suscitados por constelações complexas devem ser distinguidos dos problemas que a aplicação da máxima da necessidade suscita também nas constelações mais simples. Dentre esses problemas destaca-se a questão acerca da extensão da discricionariedade para fazer prognósticos que deve ser conferida ao legislador e à Administração no âmbito do exame da necessidade e, com isso, também na definição de medidas alternativas.⁴⁹

Por fim, o *exame da proporcionalidade em sentido estrito* (ponderação, sopesamento ou balanceamento, para alguns) envolve a apreciação das condições jurídicas de otimização dos princípios. Segundo Alexy, “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico”, de modo que ambas sejam conciliadas da melhor forma possível.⁵⁰ Essa é a chamada “lei de colisão” que pode ser sintetizada da seguinte forma: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem

⁴⁹ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118, nota 86.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 117.

precedência”.⁵¹ Significa dizer que, se diante de determinadas circunstâncias fáticas, um princípio tem preferência sobre o outro, sob essas circunstâncias o princípio preferencial desenvolverá suas consequências jurídicas.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito é formado por três elementos diferentes.⁵² O primeiro é a “lei da ponderação”, e pode ser sintetizada da seguinte forma: “Quanto maior o grau de não satisfação de, ou em detrimento de, um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro”.⁵³ Significa dizer que um princípio só pode ser intensamente satisfeito, em sacrifício de outro, se isso for importante.

O segundo elemento é a “fórmula do peso”, segundo a qual a intensidade de satisfação de um princípio e a intensidade de interferência no outro se relacionam num grau de proporção. Tanto uma como a outra são compostas pela consideração da intensidade propriamente dita de cada uma delas, pelo peso abstrato que cada um dos princípios possui no ordenamento e pelo grau de confiança nas premissas empíricas sobre as quais se baseiam cada um dos juízos. De acordo com Alexy, tem-se a seguinte fórmula:

$$W_{ij} = (I_i \cdot W_i \cdot R_i) / (I_j \cdot W_j \cdot R_j)$$

Onde i diz respeito à interferência no princípio e j diz respeito à satisfação do princípio antagônico; W diz respeito ao peso, seja ao peso final que devem ter os princípios depois do sopesamento – qual deles deve ter precedência –, seja ao peso abstrato que compõe a fórmula lógica; I diz respeito à intensidade (de satisfação ou interferência); R diz respeito à confiança nas premissas empíricas que embasam os juízos feitos em torno da medida apreciada.

Carlos Bernal Pulido esclarece que a consideração das novas variáveis aprimora a “lei de ponderação”. Segundo o autor, sendo $M1$ a medida a ser apreciada que promove o princípio $P1$ em detrimento do princípio $P2$, a medida só será proporcional se a proporção entre a promoção de $P1$ e o sacrifício de $P2$ for maior ou igual à proporção entre a promoção de $P2$ e o sacrifício de $P1$. Adaptando o exemplo do autor, se a medida for ordenar a transfusão de sangue em filho de testemunhas de Jeová, ela será proporcional se a proporção

⁵¹ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

⁵² PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 54-61.

⁵³ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 28. Tradução livre da autora. No original: “*The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other*”.

entre satisfação do direito à vida e sacrifício da liberdade de consciência for maior do que a proporção entre a satisfação da liberdade de consciência e o sacrifício do direito à vida.⁵⁴ Essa operação justifica exatamente o fato de que o direito à vida possui *um peso* maior do que a liberdade de consciência e, por isso, aumenta a proporção.

Além disso, o autor desenvolve ainda mais a fórmula do peso ao incluir nela todas as premissas necessárias para fixar os juízos que a compõem. Em primeiro lugar, a intensidade (de satisfação ou de interferência) se baseia em premissas fáticas e normativas. A primeira premissa normativa é justamente o significado que as posições jurídicas relevantes possuem aos olhos do intérprete, segundo o conceito de pessoa adotado pelo sistema. Dependendo da sociedade, as posições que interferem mais diretamente com a condição de agente moral dos indivíduos possuem maior importância.⁵⁵ A segunda premissa normativa é a importância da posição jurídica diante dos princípios considerados. Para um mesmo princípio, uma posição jurídica pode ser mais importante de ser tutelada do que outra.⁵⁶ Por fim, as premissas empíricas dizem respeito à eficiência, à velocidade, à probabilidade, ao alcance e à duração da satisfação ou do sacrifício dos princípios envolvidos.

Em segundo lugar, a segurança em torno das premissas empíricas também convive com a segurança em torno das premissas normativas. O fato de serem normativas, ao invés de empíricas, não dispensa o exame em torno da plausibilidade ou da confiança sobre elas. Por isso, deve-se aferir o grau de segurança não apenas das premissas fáticas, como também do peso abstrato de cada um dos princípios e da intensidade de satisfação ou interferência em cada um deles.⁵⁷

Finalmente, o terceiro elemento que compõe a proporcionalidade é a distribuição das “cargas de argumentação”. Em caso de empate na intensidade de satisfação e interferência, deve haver uma regra que determine qual o resultado da ponderação. Trata-se de uma carga de argumentação que favorece um dos lados. Segundo Bernal Pulido, não fica clara a posição de Alexy sobre esse assunto. Duas são as possibilidades: ou o empate é resolvido em favor do

⁵⁴PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 59-61.

⁵⁵*Ibidem*, p. 63.

⁵⁶A proteção a favor de indivíduos contra crimes motivados por intolerância religiosa é muito mais importante, à luz da liberdade de religião, do que a retirada de crucifixos de repartições públicas, por exemplo.

⁵⁷PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 66-67.

legislador, e a medida não é considerada desproporcional, ou o empate é resolvido primeiramente em favor dos direitos à liberdade ou à igualdade e, caso eles não estejam envolvidos, então em favor do legislador.⁵⁸

Um último ponto da teoria de Alexy é a exigência de que todas as etapas da proporcionalidade sejam aplicadas de maneira sequencial. Conforme explica Virgílio Afonso da Silva:

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.⁵⁹

Consideramos que a estrutura mais completa da proporcionalidade, tal como desenvolvida por Carlos Bernal Pulido, é a mais adequada. Entendemos, dessa maneira, que a relação de precedência entre os princípios é determinada por dois exames sobre as condições fáticas e um exame sobre as condições jurídicas, mas que todos eles possuem premissas racionalmente justificáveis. A partir delas, torna-se possível identificar os motivos de desacordo em torno das decisões.

2.3.2 Diferença para outros institutos ou técnicas

“Ponderação”, “proporcionalidade”, “balanceamento”, “sopesamento”, “razoabilidade”. Os autores utilizam diferentes termos para se referir à operação intelectual de aplicação de princípios. Luís Roberto Barroso, por exemplo, iguala “proporcionalidade” a “razoabilidade”:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja

⁵⁸ PULIDO, C. B. Estructura y limites de la ponderación. *Doxa – Cadernos de Filosofia del Derecho*, n. 26, 2003, p. 5, p. 16-17.

⁵⁹ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 30.

proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.⁶⁰

Renato Khamis, ao revés, diferencia as duas, afirmando que a proporcionalidade é uma técnica de aplicação de princípios e de argumentação racional, enquanto a razoabilidade é um princípio jurídico que resulta de um imperativo da razão prática, consistente na tomada de decisões prudentes que podem, por isso, obter aceitação social com base num senso de justiça.⁶¹

Mais detalhada é a diferenciação feita por Fábio Calcini, que sintetiza as principais características da proporcionalidade e da razoabilidade no seguinte quadro⁶²:

Quadro 1: Características da proporcionalidade e da razoabilidade conforme Fábio Calcini.

Diferenças	Razoabilidade	Proporcionalidade
Origem	Direito norte-americano	Europa (Alemanha)
Fundamento	Devido processo legal substantivo	Estrutura dos direitos fundamentais
Motivação racional	Menos exigente	Mais exigente
Estrutura/conteúdo	Impedir decisões arbitrárias, socialmente inaceitáveis	Subprincípios: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito
Natureza/função	Princípio de interpretação do direito que impedir (sic) decisões inaceitáveis, arbitrárias (função de bloqueio)	Além de também impedir medidas arbitrárias (função de bloqueio), também objetiva a maximização dos comandos constitucionais (função de cunho positivo/operativo)

Fonte: elaborado pela autora.

Por outro lado, nem todos os autores usam “ponderação” no mesmo sentido. Luís Roberto Barroso, por exemplo, contrapõe “ponderação” a “subsunção”, como método de aplicação de princípios, como visto anteriormente. Alexy, por outro lado, usa a “ponderação”, ou “sopesamento”, para se referir ao terceiro teste da proporcionalidade.⁶³ Virgílio Afonso da Silva é claro ao diferenciar sopesamento de proporcionalidade e afirmar que por vezes se deve recorrer a um, por vezes se deve recorrer ao outro.⁶⁴

⁶⁰ BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245.

⁶¹ KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 148.

⁶² CALCINI, F. P. **Razoabilidade e proporcionalidade das leis**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 159.

⁶³ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

⁶⁴ SILVA, V. A. da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 178.

Não se tentará, porém, definir um único sentido para cada um. O importante é que os sentidos sejam explicados por quem os utiliza e tenham uma aplicação coerente. Assim, ponderação pode se referir tanto ao método hermenêutico (em contraposição à subsunção) como à última etapa do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito). Balanceamento pode dizer respeito tanto à comparação de grandeza dos princípios como a outras operações realizadas, principalmente, no âmbito da Suprema Corte americana. Sopesamento pode ser sinônimo de balanceamento, ponderação, ou um jeito específico de considerar os princípios no caso concreto. Razoabilidade pode ser tanto a proporcionalidade *lato sensu* como seu primeiro subprincípio (adequação), como também uma operação que nada tem a ver com a doutrina alemã. Na presente dissertação, enfoque será dado à proporcionalidade *lato sensu* em sua versão germânica, com sua construção estruturada e rigorosa.

2.3.3 A proporcionalidade no Brasil

A presença de princípios e de um extenso rol de direitos fundamentais nas Constituições atuais levou à difusão da proporcionalidade ao redor do mundo, e a jurisdição constitucional em diversos países utiliza a técnica para resolver os casos concretos de choque entre direitos.

No Brasil, porém, o princípio da proporcionalidade tinha menos destaque do que tem hoje. Não está explicitado em nossa atual Magna Carta, como ocorre, por exemplo, na Constituição portuguesa (vide capítulo 4). A Constituição de 1988 refere-se à “proporcionalidade” apenas com a ideia de proporção (“proporcional”), em diversos artigos e ramos jurídicos, como o art. 5º, V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”) e o recente art. 98 do ADCT (“o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população”).

É certo que no período anterior a 1988, julgados esparsos utilizavam-no como critério para valoração da constitucionalidade de algumas leis, embora sem a invocação explícita. A

doutrina menciona como precedente o julgado no Recurso Especial no 18.331, relatado pelo Ministro Orozimbo Nonato em 1953 (vide capítulo 5).⁶⁵ Contudo, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado no Brasil principalmente a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes alemãs.⁶⁶

Assim, conquanto haja concordância atualmente a respeito da presença da ideia de proporcionalidade em nossa Constituição, divergem vários autores quanto à identificação do seu lugar no Texto Constitucional. Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes fundamentam o princípio autônomo na cláusula do devido processo legal.⁶⁷ Celso Antonio Bandeira de Mello aponta o art. 37, em conjunto com os arts. 5º, II e 84, IV, todos referentes ao princípios da legalidade.⁶⁸ Há quem ache que não é necessário haver menção explícita à proporcionalidade na Constituição.⁶⁹ Ainda há também quem não ache necessário fundamentar a proporcionalidade em qualquer dispositivo constitucional.⁷⁰

Como visto anteriormente, em sendo entendida como técnica de aplicação de princípios, regra estruturante do sistema, não é necessário buscar um fundamento normativo no ordenamento positivo para que se possa admitir a sua utilização. Essa posição tem implicações importantes, porque, ao contrário do que ocorre em muitas ações no Supremo Tribunal Federal, a proporcionalidade não é um fundamento autônomo para declaração de inconstitucionalidade.⁷¹ Na verdade, alguma medida que restringe direitos viola desproporcionalmente alguma norma da Constituição. Evidencia-se, assim, o problema da

⁶⁵ MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB Jurisprudência**, n. 12, Julho 2000, p. 370.

⁶⁶ MARTINS, L. Proporcionalidade como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 3, n. 5, Julho/Dezembro 2003, p. 21.

⁶⁷ BARROSO, L. R. O começo da história. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 168; MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB Jurisprudência**, n. 12, Julho 2000, p. 366.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁶⁹ É o exemplo de Susana de Toledo Barros: “[...] a existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais” (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 93).

⁷⁰ ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, julho 2001, p. 26.

⁷¹ KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade: entre a técnica e o princípio**. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 140.

excessiva utilização da proporcionalidade, que se associa, também, ao problema da racionalidade da técnica.

2.4 Racionalidade e Segurança Jurídica num Direito baseado em Princípios

Atualmente, todas as relações jurídicas podem ser discutidas à luz da Constituição. Levando em consideração que uma lei jamais abarca todas as possibilidades de aplicação,⁷² faz-se necessário buscar meios para resolver os problemas jurídicos. Os princípios presentes na Constituição desempenham esse “papel”, servindo para resolver casos difíceis. Eles podem ser aplicados diretamente (eficácia direta) ou podem auxiliar a interpretação de outras normas (eficácia interpretativa).⁷³ Entretanto, a discussão em torno dos princípios é grande no campo da interpretação constitucional.

Essa nova forma de interpretar é praticada, geralmente, pelos órgãos do Poder Judiciário, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque, por ser o “guardião da Constituição”, a Corte tem o dever de garantir, em última instância, a obediência aos princípios e valores da Constituição.

Questiona-se, porém, se essa atividade não deve encontrar limites no Estado Democrático de Direito, a fim de se evitar extremos. Dito de outra forma, pergunta-se qual o papel do juiz no controle de constitucionalidade? Teria ele posição privilegiada em relação ao legislador? Deve esse magistrado, no exercício de sua tarefa hermenêutica, conter-se, sob pena de violação à separação de poderes, ou deve esse magistrado prestigiar a qualquer preço a efetividade da Constituição, especialmente os direitos fundamentais ali contidos?

O fato é que não existem fórmulas definidas. A importância adquirida pelo Poder Judiciário nas sociedades democráticas atuais não pode mais ser reduzida, visto que ele já constitui elemento chave para o bom funcionamento do sistema democrático e, principalmente, para a garantia dos direitos fundamentais.⁷⁴ O que se exige, pelo menos, é que o julgador não exerça sua função arbitrariamente.

⁷² STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 278.

⁷³ BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318-319.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113-114.

Nesse sentido, no início do século XX, Hans Kelsen sustentava que o Tribunal Constitucional deveria se limitar tão somente a excluir do ordenamento a norma considerada inconstitucional, como uma espécie de função legislativa em “sentido negativo”.⁷⁵ Confrontado por Carl Schmitt,⁷⁶ o autor reconheceu posteriormente que o Tribunal Constitucional exercia função jurisdicional.⁷⁷ A Corte atuaria aplicando o direito (embora com um componente de criação), num processo judicial e envolvendo a apreciação da constitucionalidade das normas.

A partir da ideia de que a Constituição possuía princípios de observância obrigatória pelo Poder Legislativo, porém, restringiu-se o âmbito de atuação totalmente discricionária do legislador. Por outro lado, a responsabilidade do Poder Judiciário no controle dos atos legislativos, especialmente os de natureza restritiva de direitos, obrigou os tribunais a desenvolverem critérios racionais de atuação. Os princípios jurídicos passaram a exercer o papel de parâmetro de controle. Com isso, a solução constitucionalmente obrigatória ou decorreria de regra expressa ou implícita do texto constitucional ou decorreria da necessidade de se prestigiar um princípio constitucional violado pela lei impugnada, como no caso das omissões parciais violadores do princípio da igualdade. Em se tratando de manifesta violação a princípio, portanto, a decisão judicial corrigiria a diretriz legislativa, de modo a fazer cumprir o texto constitucional.

Exige-se, contudo, que a decisão judicial seja racional. Segundo Renato Khamis:

[...] a argumentação jurídica, enquanto destinada à decidibilidade, tem como requisito intrínseco a racionalidade, a qual exige do aplicador uma análise crítica dialógica de todos os fatores envolvidos na escolha, assim como, consequentemente, a exposição criteriosa dos seus motivos. É por esta razão que se pode afirmar que a racionalidade acarreta segurança e aceitação social à decisão, na medida em que afasta a arbitrariedade.⁷⁸

Entretanto, a exigência de racionalidade não é simples, como adverte o autor:

⁷⁵ KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 261.

⁷⁶ SCHMITT, C. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19.

⁷⁷ KELSEN, H. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷⁸ KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 135.

Isso posto, a análise da racionalidade é composta por muito mais elementos do que a mera relação de causalidade entre meio e fim. Ela contempla a investigação crítica de todos os fatores envolvidos naquela escolha, assim como, consequentemente, a exposição criteriosa dos seus motivos. Por conta disto o autor afirma que a escolha racional é ao mesmo tempo exigente e permissiva. É exigente porque nenhuma fórmula simples é automaticamente vista como racional, sem que antes seja submetida a uma análise penetrante, que inclua tanto o exame dos objetivos almejados quanto as restrições de comportamento que podemos ter razão para seguir. É permissiva, pois não descarta a possibilidade de que mais de uma opção possa ser escolhida como razão de decisão, desde que sobreviva à análise crítica.⁷⁹

Carlos Bernal Pulido trata mais detidamente do conceito de racionalidade. O autor a divide em duas dimensões: uma teórica e uma prática. A racionalidade teórica envolve as condições segundo as quais uma teoria pode ser considerada racional, enquanto a prática envolve as condições segundo as quais um ato humano pode ser considerado racional. Em geral, considera-se que no primeiro caso essas condições são dadas pela clareza conceitual de uma teoria, enquanto no segundo caso elas são dadas, no campo jurídico, pela justificação adequada segundo o Direito.⁸⁰

A ideia de racionalidade prática está intimamente associada com a legitimidade da atuação judicial e com o princípio da segurança jurídica. O Estado Democrático de Direito, modelo adotado na Constituição Federal de 1988, apresenta o princípio da segurança jurídica como elemento fundamental que sustenta a ordem jurídica pátria.⁸¹ A segurança jurídica é reflexo da necessidade que o homem tem de conduzir e planejar as suas relações jurídicas. Ela é elemento componente do Estado de Direito, inspiradora da confiança a ser depositada pelo cidadão nas relações cotidianas, sejam elas públicas ou privadas. São nesse sentido as lições de Canotilho:

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da

⁷⁹ KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 134.

⁸⁰ PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 50-51.

⁸¹ Para o professor catedrático José Joaquim Gomes Canotilho o princípio da segurança jurídica está diretamente ligado à elaboração do que seja a ideia de Estado Democrático de Direito, constituindo uma das vigas mestras da ordem jurídica e ligando-se estruturalmente à moderna exigência de que se dê maior estabilidade as situações jurídicas, aí incluídas aquelas, que na sua origem, apresentem vícios de ilegalidade. Com isso, a segurança jurídica, estando incluída na espécie do gênero de direito fundamental, ocupa lugar de relevo no ordenamento jurídico, em conjunto com o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, como postulados máximos de cumprimento inclusive pela legislação infra-constitucional (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257-258).

determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.⁸²

A segurança jurídica impõe-se como garantia constitucional, nos termos do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:⁸³ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade (...)”. (grifos nossos)

A distinção entre regras e princípios também diz respeito à discussão em torno da segurança jurídica. Segundo Humberto Ávila:

As regras são, portanto, instrumentos de garantia da segurança jurídica, tanto no seu aspecto formal-temporal (os atos estatais devem ser previsíveis para os destinatários, independentemente do seu conteúdo) quanto no seu aspecto material (os atos estatais devem ter uma certa medida de inteligibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade para os destinatários). É por isso que visam a eliminar a incerteza, a arbitrariedade e a promover uma determinada solução mediante o bloqueio do uso de razões na aplicação. Esse bloqueio pode ser superável, mas somente em casos extraordinários. O importante é constatar que as regras sempre veiculam dois valores: o valor da segurança ou justiça geral, por se destinarem a resolver conflitos entre razões pela diminuição da incerteza, da arbitrariedade e da equivocidade; e o valor substancial que está por trás de cada regra. Diferenciar os princípios das regras em razão do conteúdo axiológico dos primeiros é desconhecer a resistente dimensão axiológica das segundas.⁸⁴

Segurança jurídica nos moldes acima apresentados representa, portanto, a confiabilidade de que o sistema legal deve ter estabilidade na medida em que ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. A segurança, a ordem e a certeza são valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa ideia de justiça e segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio.

Cabe, portanto, aos operadores do Direito a obediência à segurança jurídica, de modo a diminuir a incerteza na aplicação do direito legislado. Cumpre aos juristas espalhar a

⁸² **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

⁸³ Na Constituição de 1988, é possível verificar a incidência do princípio da segurança em outros artigos, tais como: segurança do domicílio (art. 5º, XI), a segurança das comunicações pessoais (art. 5º, XII), a segurança em matéria penal (art. 5º, XXXVII a XLVII E LXXV) e a segurança em matéria tributária (art. 150, I a V).

⁸⁴ ÁVILA, H. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 189-206, Janeiro/Março 2006, p. 200.

convicção segundo a qual segurança jurídica, ao lado da certeza do direito, são valores fundamentais necessários de serem cultivados para que a entrega da prestação jurisdicional buscada pelo cidadão seja justa e solidificadora da paz entre os homens e entre estes e as instituições da Nação.

Uma das principais críticas à proporcionalidade diz respeito justamente ao fato de que ela confere um poder arbitrário aos julgadores e compromete irremediavelmente não apenas a segurança jurídica como a própria legitimidade dos tribunais constitucionais. Carlos Bernal Pulido sintetiza as objeções em três grupos.

O primeiro deles é a indeterminação da ponderação: “A objeção sustenta que não existem critérios jurídicos que garantam a objetividade da ponderação, que sejam vinculantes para o juiz e que podem utilizar-se para controlar as decisões judiciais nas quais se ponderam princípios”.⁸⁵ O segundo diz respeito à incomensurabilidade dos princípios, porque “no âmbito dos princípios não existiria uma ‘unidade de medida’, assim como tampouco uma ‘moeda comum que possibilite a ponderação’ entre os dois princípios que em cada caso entraram em colisão”.⁸⁶ O terceiro se relaciona mais diretamente com a segurança jurídica, pois sustenta a impossibilidade de se prever os resultados da ponderação.⁸⁷

Essas críticas suscitam uma questão importante: como conjugar a segurança jurídica e o controle das decisões judiciais com os princípios e o método da ponderação? Como a proporcionalidade auxilia nesse processo? Como decidir conflitos de direitos fundamentais de forma racional? O tratamento dessas perguntas será objeto do próximo capítulo.

⁸⁵ Tradução livre da autora. PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 45. No original: “La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios”

⁸⁶ *Ibidem*, p. 46. Tradução livre da autora. No original: “En el ámbito de los principios no existiría una ‘unidad de medida’, así como tampoco una ‘moneda común que posibilite la ponderación’ entre los principios que en cada caso entraran en colisión”.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 46-47.

3 O DEBATE EM TORNO DA PROPORCIONALIDADE

Uma vez assentado o conceito de proporcionalidade e apresentadas a sua estrutura e a sua evolução histórica, cumpre-nos tratar com pormenores das questões que aparecem no debate contemporâneo sobre o princípio. Sua aceitação não é pacífica, mesmo na Europa, onde mais se difundiu, donde decorrem críticas e defesas da sua aplicação.

3.1 Sobre a Relação Necessária entre Proporcionalidade e Direitos Fundamentais

A primeira questão no debate contemporâneo diz respeito à necessária existência ou não do princípio da proporcionalidade. Conforme afirma Robert Alexy, “duas são as posições básicas enfrentadas: a tese que afirma a existência de algum tipo de conexão necessária entre os direitos fundamentais e a análise da proporcionalidade, e a tese que sustenta, ao contrário, a inexistência de uma conexão necessária”. A primeira é a *tese da necessidade*, enquanto a segunda é a *tese da contingência*.⁸⁸

Segundo o autor, a tese da necessidade mais elaborada desdobra-se, na verdade, em duas teses da necessidade. A primeira se baseia na distinção entre regras e princípios já mencionada anteriormente: o princípio da proporcionalidade “se deduz logicamente da natureza dos princípios como mandados de otimização, e a natureza dos princípios como mandados de otimização se deduz logicamente, por sua vez, do princípio da proporcionalidade”.⁸⁹ Isso porque, como dito, os princípios conflitam entre si e o modo de resolução dos conflitos é o balanceamento (última etapa da proporcionalidade).

Desse modo, ainda com Alexy, “o debate sobre a teoria dos princípios é, antes de tudo, um debate sobre sopesamento ou ponderação – e, conseqüentemente, como balanceamento é o núcleo do teste da proporcionalidade, um debate sobre a análise da proporcionalidade”⁹⁰.

⁸⁸ ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 11-12.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 19. Mesma opinião tem BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 36.

⁹⁰ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 22.

Kai Möller critica a primeira tese da necessidade. Ele considera que a necessidade de um argumento moral é o que destrói as bases dessa relação necessária entre princípios e balanceamento. Para o autor, se existe um argumento moral, ele pode servir tanto para comparar os princípios, como para dizer que um princípio tem total preferência sobre ele.⁹¹

Alexy responde, corretamente, que o princípio da proporcionalidade possui os dois elementos que Möller alega não ter. Se “correção” for entendida como interferência justificada nos direitos de alguém por parte do legislador, então todos os subprincípios apontam para uma análise de correção. A adequação e a necessidade apontam para os fins justificados da intervenção, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito conduz justamente a excluir interferências graves injustificadas. Além disso, essa análise só pode ser feita se o intérprete levar em conta argumentos morais.⁹²

O segundo desdobramento da tese da necessidade é a necessária relação entre a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais.⁹³ A crítica a esse segundo desdobramento da tese da necessidade envolve a *tese da contingência*. Conforme explica Alexy: “A tese da contingência exige que a pergunta sobre se os direitos fundamentais estão conectados ou não com o princípio da proporcionalidade dependa exclusivamente das decisões que se expressam no direito positivo, no caso de uma Constituição estas viriam a ser as decisões do legislador constituinte. A tese da contingência pode ser denominada também como ‘a tese da positividade’”.⁹⁴

Para respondê-la, é necessário verificar a estrutura dos direitos fundamentais. Isso porque há duas construções sobre os direitos fundamentais: uma construção com base em regras, mais estrita (*rule construction*) e uma construção com base em princípios, mais ampla (*principle construction*)⁹⁵. Embora nenhuma delas predomine completamente num sistema, elas possuem consequências importantes.⁹⁶

⁹¹ MÖLLER, K. Balancing and the structure of constitutional rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, p. 453-468, Julho 2007, p. 460.

⁹² ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 20-21.

⁹³ *Ibidem*, p. 19; SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 39-40.

⁹⁴ ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 22-23.

⁹⁵ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 43-44; ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 131.

⁹⁶ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 21. Alexy demonstra que não subsistem nem um sistema de direitos fundamentais apenas de regras nem um

No primeiro caso, os direitos não são normas distintas das outras do sistema jurídico e, mesmo que estejam em nível constitucional, não possuem diferença estrutural. Eles são regras que se aplicam por subsunção⁹⁷. Trata-se da distinção quantitativa, vista anteriormente. No segundo caso, os direitos fundamentais não descrevem apenas uma hipótese abstrata de proteção a ser aplicada numa situação concreta de violação, mas consubstanciam princípios que, por se irradiarem por todo o ordenamento, entram em conflito⁹⁸. Trata-se da distinção qualitativa.

Martin Borowski trata da distinção entre direitos limitáveis e direitos não limitáveis. No primeiro caso, há um direito *prima facie* amplo, que será limitado por uma restrição, chegando-se a um direito definitivo. No segundo caso, o direito já possui um conteúdo determinado, e, como os limites são imanentes (inerentes ao direito), a restrição significa ir além desses limites. Os direitos limitáveis são aplicados em um procedimento de duas etapas (constatação do direito *prima facie* e verificação da limitação), enquanto os direitos não limitáveis são aplicados após a constatação de que o conteúdo aparente do direito é o conteúdo que valerá para o caso concreto.⁹⁹

A construção de direitos limitáveis se associa *necessariamente* a uma construção baseada em princípios, enquanto uma construção de direitos não limitáveis se associa *necessariamente* a uma construção baseada em regras.¹⁰⁰ No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva vai além e afirma que a teoria dos limites imanentes dos direitos exclui a aplicação da proporcionalidade:

[...] fica patente também a incompatibilidade entre a idéia de limites imanentes e a exigência de sopesamento. Como já ficou claro a partir da análise da teoria interna – que é a teoria dos limites imanentes por excelência –, se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há a possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de sopesamento entre direitos fundamentais. Não

sistema de direitos fundamentais apenas de princípios, mas um sistema que combine os dois. No primeiro nível, pertencem todos os princípios que importam para decisões de direitos fundamentais. Segundo o autor, “um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado *corretamente* a favor ou contra uma decisão nesse âmbito” (**Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136); no nível das regras, disposições de direitos fundamentais são “consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos” (*Ibidem*, p. 139).

⁹⁷ ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 132.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁹⁹ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 31-33.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 39.

apenas isso: não há nem possibilidade, nem necessidade, já que a limitação interna faz com que as colisões deixem de existir – o que afasta, automaticamente, a figura do sopesamento, cuja realização tem como escopo justamente resolver colisões. Sem colisões não há sopesamento.¹⁰¹

Alexy considera que os direitos fundamentais são princípios, não obstante as críticas. O primeiro motivo para isso é que a positivação dos direitos revela apenas um aspecto deles – sua dimensão real ou fática. Outro aspecto é uma dimensão ideal, segundo o qual os direitos fundamentais não possuem fundamentação apenas no ordenamento, mas na própria ideia de direitos humanos como direitos universais, abstratos e morais. Para ele, “os direitos humanos permanecem conectados com os direitos fundamentais como razões a favor ou contrárias ao conteúdo que há sido estabelecido através da positivação”.

O segundo motivo é que, como direitos abstratos, “os direitos humanos colidem inevitavelmente com outros direitos humanos e com bens coletivos”.¹⁰² Conforme a lição lapidar de Alexy:

Os princípios estão conectados com todas as normas do direito fundamental independentemente se eles, como tais, têm caráter de regras ou de princípios. Se o legislador constituinte superou uma colisão de princípios expedindo uma regra, então o princípio formal da autoridade da constituição exige que esta regra seja respeitada. Sem embargo, se esta regra é ambígua, vaga ou valorativamente aberta, os princípios substantivos que se encontram por de trás da regra entrarão imediatamente em jogo. Este é o caso quando uma regra é incompatível com os princípios contidos na constituição.¹⁰³

Além disso, também existem direitos que assumem a forma de princípios, devendo ser interpretadas como tal.¹⁰⁴

Um terceiro motivo em favor da relação necessária entre direitos fundamentais e princípios, e consequentemente entre direitos fundamentais e proporcionalidade, é a necessidade de que o Tribunal Constitucional tome as decisões mais racionais possíveis.¹⁰⁵ Esse ponto será visto mais adiante.

¹⁰¹ SILVA, V. A. da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165-166.

¹⁰² ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 24-25.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 27.

Um quarto motivo em favor dessa relação é a incoerência entre ponderação e direitos não limitáveis. Os autores que seguem a ideia de que os direitos fundamentais são regras com conteúdo abstrato definido e que utilizam o balanceamento para definir esse conteúdo devem esclarecer quais os princípios ponderados para tanto. Porém, fica difícil conceber que não sejam princípios morais, éticos, divinos ou supraconstitucionais. Não importa em qual deles se baseie a proposta, as consequências mais evidentes seriam a insegurança jurídica e a ocultação da ponderação original,¹⁰⁶ que também geraria problemas de controle e previsibilidade das decisões.¹⁰⁷

Um quinto motivo em favor dos direitos fundamentais como princípios é o maior grau de proteção que eles recebem. Essa maior efetividade decorre de uma combinação de suporte fático amplo e intervenção estatal sem fundamentação constitucional, que geram a incidência da norma e a supressão da intervenção¹⁰⁸. Em outras palavras, “toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*”.¹⁰⁹

Esses direitos não serão absolutos porque podem ser restringidos por outros direitos no caso concreto.¹¹⁰ Também não existe a ideia de um núcleo essencial abstrato e imutável ao direito, mas sim de um núcleo definido caso a caso, porque “a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das circunstâncias fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”.¹¹¹ Essa definição, como afirmado anteriormente, está logicamente relacionada com a proporcionalidade, de modo que “*restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos*

¹⁰⁶ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 43-44.

¹⁰⁷ Virgílio Afonso da Silva corrobora o entendimento, afirmando que: “idéias como a de limites imanentes, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria, com termos como restrição a direitos, abuso de direito ou sopesamento. Isso porque, entre outros motivos, quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno, ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra.” (O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 37).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 30-31.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 34-35.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 39-40.

¹¹¹ SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 42.

*direitos restringidos” e “restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas”.*¹¹²

Esse raciocínio também se aplica à questão de configuração ou regulamentação de direitos, tratada, no Brasil, a partir da clássica lição de José Afonso da Silva sobre normas constitucionais de eficácia limitada,¹¹³ mais especificamente no âmbito dos direitos que precisam de regulamentação.

Numa primeira vertente, é possível afirmar que o direito fundamental terá o conteúdo que for dado pela lei. O problema dessa concepção é que o legislador teria total liberdade para excluir completamente o direito. Segundo Borowski, “é manifesto que essa compreensão da configuração do direito fundamental não se adequa ao sentido e à finalidade da vinculação do Legislador aos direitos fundamentais”.¹¹⁴

Numa segunda vertente, o direito fundamental poderá ser regulamentado de forma proporcional. Mesmo essa opção, porém, apresenta um vício de origem. Ele consiste no fato de que o legislador não pode dispor de algo que vincula a ele mesmo.¹¹⁵

Resta um último entendimento, de que o legislador configura a legislação infraconstitucional, vinculado aos direitos fundamentais. Caso se entenda que os direitos fundamentais são regras, tudo o que se situar fora do conteúdo abstrato da regra não será regulamentação desse direito¹¹⁶. A consequência disso é o fato de que não se tem controle sobre toda uma gama de possíveis restrições que o legislador pode criar por via da lei regulamentadora.

Portanto, também para as leis que configuram direitos o raciocínio deve se basear em princípios. Assim, “se dita configuração é constitucional, então a lei é a norma a aplicar num caso concreto, não obstante não ter validade hierárquica superior”¹¹⁷.

O resultado desse entendimento é importante: tanto a restrição como a configuração de direitos envolve conflito de princípios. Para Borowski, então, “pode afirmar-se que toda

¹¹² SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 43, grifos do autor.

¹¹³ SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81-86 e 117-179.

¹¹⁴ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 51-52.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 52.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹¹⁷ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 54.

atividade legislativa do Parlamento, com efeitos adversos sobre um princípio jusfundamental, apresenta em todos os casos junto à configuração do direito infraconstitucional uma restrição de um direito fundamental”¹¹⁸.

A mesma opinião é defendida por Virgílio Afonso da Silva, para quem

se tudo é regulamentável e, mais do que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.¹¹⁹

Esse raciocínio se aplica também aos direitos de igualdade e aos direitos prestacionais. Isso porque “a omissão de uma prestação jusfundamental devida *prima facie* é uma intervenção no direito prestacional, a qual deve ser igualmente justificada”.¹²⁰

Um último ponto. No caso dos direitos limitáveis (construção com base em princípios), é possível que a restrição seja feita tanto por uma regra como por outro princípio¹²¹. Isso suscita a questão sobre o conflito entre princípios e regras. Para Borowski, por causa da supremacia constitucional, esse conflito dá lugar a um conflito entre normas de mesma hierarquia: o princípio e o outro princípio constitucional que fundamenta a regra.¹²²

Em conclusão, as críticas não parecem ter sido suficientes para demonstrar o erro na tese de que direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, pelo menos no sentido da distinção qualitativa proposta por Alexy.¹²³ No entanto, elas serviram para reforçar que a

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 55.

¹¹⁹ SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 47.

¹²⁰ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 56.

¹²¹ *Ibidem*, p. 40.

¹²² *Ibidem*, p. 41-42. Conforme explica Virgílio Afonso da Silva, Alexy não foi muito claro na forma como se deve solucionar o conflito entre regras e princípios. Conforme explica, o mestre alemão teria oferecido a seguinte solução: deve haver um sopesamento “entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia”. No entanto, o autor brasileiro discorda dessa opção por deixar ao aplicador um amplo poder de superar a opção legislativa. Para cerceá-lo, considera ser possível o sopesamento dos princípios em dois casos: se for hipótese de declaração de inconstitucionalidade da regra que conflita com o princípio ou se a aplicação de uma regra num caso concreto for gerar resultados intoleráveis à luz de algum princípio constitucional. No segundo caso, porém, o que se terá na verdade é uma regra de exceção à regra original, criada jurisprudencialmente (**Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52-56).

¹²³ É evidente que se for adotada uma distinção quantitativa, e não qualitativa, entre regras e princípios, toda a argumentação deve ser afastada. Isso porque a única distinção cabível entre as normas passa a ser uma distinção de grau, e, dessa forma, a aplicação dos direitos fundamentais ocorre segundo um modelo de regras. Portanto, para quem defende uma distinção quantitativa entre princípios e regras, os direitos fundamentais serão normas a

proporcionalidade só pode decorrer logicamente dos direitos fundamentais se for adotada, em alguma medida, uma teoria dos princípios. Caso os direitos sejam vistos como regras, a aplicação se dará por meio de subsunção, e a menção à proporcionalidade deverá ser vista como um conceito indeterminado a ser preenchido na sua aplicação. É o caso, por exemplo, da legítima defesa no Direito Penal, que deve ser proporcional à ofensa para se caracterizar, sem desnaturar o caráter de regra do instituto.

Mesmo críticos como Stavros Tsakyrakis endossam esse ponto, ainda que não intencionalmente. O autor grego afirma que o intérprete que define um suporte fático amplo (“princípio de generosidade de definição”, segundo ele) não discute se uma determinada ação está englobada no âmbito do direito, e, por isso, leva seus juízos de valor para a última etapa, do balanceamento¹²⁴. Isso não parece comprometer a proporcionalidade. Ao contrário, confirma que a adoção do suporte fático restrito envolve um juízo de valor na origem.

Por fim, os autores que procuram os fundamentos para o princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico, então, ou procuram apenas mais um argumento para reforçar a presença do princípio da proporcionalidade no ordenamento (inclusive como parâmetro de controle de constitucionalidade), ou rejeitam a necessária vinculação entre proporcionalidade e direitos fundamentais.¹²⁵

3.2 Sobre as Objeções à Proporcionalidade

Alexy levanta sete grupos de objeções à teoria dos princípios e, consequentemente, à teoria dos direitos fundamentais como princípios e ao princípio da proporcionalidade.¹²⁶

1) *objeções normativo-teóricas (norm-theoretic objections)*: discutem a procedência da distinção entre regras e princípios e o valor dos princípios como normas jurídicas;

2) *objeções teórico-argumentativas (argumentation-theoretic objections)*: discutem se a ponderação é um método racional de decisão;

serem aplicadas por meio da delimitação do seu conteúdo, das suas limitações imanentes e do seu núcleo essencial, e não ensejarão conflitos normativos, visto que eles já terão sido resolvidos de antemão.

¹²⁴ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 481.

¹²⁵ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 43.

¹²⁶ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 24-26.

3) *objeções doutrinárias (doctrinal objections)*: discutem se a ponderação elimina a força de proteção proporcionada pelos direitos;

4) *objeções institucionais (institutional objections)*: discutem se a ponderação sobrevaloriza os direitos e, com isso, gera um “Estado jurisdicional constitucional”;

5) *objeções teórico-interpretativas (interpretation-theoretic objections)*: discutem como a construção de princípios pode ser a interpretação correta dos direitos positivados;

6) *objeções teóricas da validade (validity-theoretic objections)*: discutem se os princípios subvertem a estrutura hierárquica do ordenamento;

7) *objeções de teórico-científicas (science-theoretic objections)*: discutem se os princípios conseguem direcionar algum comportamento, mesmo que com sua amplitude eles consigam justificar tudo.

Segundo o autor, as objeções teórico-argumentativas seriam as mais importantes, porque elas são capazes de sustentar todas as demais:

Se o balanceamento fosse por sua natureza irracional, ele deveria ser rejeitado, e com ele, princípios *qua* normas que requerem alguma coisa irracional. O debate normativo-teorético perderia seu ponto. Mais do que isso, se balanceamento fosse irracional, não faria sentido argumentar com base no balanceamento como o critério aplicável à questão da admissibilidade de limitações a direitos constitucionais. As objeções doutrinárias venceriam facilmente. O mesmo seria aplicável à crítica institucional. Certamente, a situação é mais complexa no caso dos argumentos teoréticos. [...] Mesmo aqui, contudo, alguém pode questionar se uma norma que exige alguma coisa irracional deve não ser corrigida mais apropriadamente por meio da interpretação. As objeções teóricas da validade seriam vitoriosas também. Quem iria se preocupar em assentir com uma restrição irracional sobre a validade de uma norma? A irracionalidade do balanceamento, finalmente, seria usada em favor de todas as objeções teórico-científicas. [...] Certamente, uma refutação da objeção da irracionalidade não implica a refutação de qualquer das outras objeções. A racionalidade do balanceamento não é uma condição suficiente para a refutação das outras objeções, mas é, em qualquer caso, uma condição necessária.¹²⁷

¹²⁷ Tradução livre da autora. No original: “If balancing were by its nature irrational, it would have to be rejected, and with it, principles *qua* norms that require something irrational. The norm-theoretic debate would have lost its point. Moreover, if balancing were irrational, it would not make sense to argue on behalf of balancing as the applicable criterion on the question of the admissibility of limitations on constitutional rights. The doctrinal objections would win hands down. The same would apply to the institutional critique. To be sure, the situation is more complex in the case of the interpretation-theoretic arguments. [...] Even here, however, one may ask whether a norm that requires something irrational might not be corrected more appropriately by way of interpretation. The validity-theoretic objection would carry the day, too. Who would care to assente to na

O primeiro tipo de objeções (teórico-normativas) foi enfrentado no capítulo anterior e na discussão sobre a relação entre teoria dos princípios e direitos fundamentais. Outra crítica feita por alguns autores se refere basicamente ao rebaixamento dos direitos fundamentais ao mesmo nível de “objetivos, políticas e valores”, comprometendo a barreira de defesa que eles constituem¹²⁸. Ela questiona a ponderação de princípios, terceira etapa da aplicação da proporcionalidade.

Como explica Virgílio Afonso da Silva, a ideia de “trunfos” é incompatível com a ponderação¹²⁹, o que conduz a uma exclusão: ou direitos superam outros interesses, direitos, políticas etc. (ideia de direitos como trunfos), ou eles devem ser sopesados em cada caso concreto (ideia de direitos como princípios). Para quem entende que direitos são “trunfos” que superam outros interesses, não importa o peso deles, a ponderação parece enfraquecer os direitos fundamentais.

Esse é o teor das críticas de Stavros Tsakyrakis, no que ficou conhecido como “o debate da I-CON” (*International Journal of Constitutional Law*). Segundo o autor grego, “a visão de que direitos constitucionais não são nada mais do que interesses privados, cuja proteção depende, em cada ocasião, de ser balanceada com interesses públicos concorrentes, de fato, torna a Constituição fútil”. Assim, “segue-se que a proteção garantida pela Constituição nunca pode ser estável, mas é sempre condicional sobre várias circunstâncias e depende do resultado do balanceamento”.¹³⁰

Trata-se de uma crítica que culpa a proporcionalidade de colocar, no mesmo nível, direitos e outros interesses quaisquer. Nessa situação, há uma tendência de que os interesses majoritários superem os interesses da minoria.¹³¹ No entanto, haveria situações que

irrational restriction on the validity of a norm? The irrationality of balancing would, finally, be grist for the mills of all science-theoretic objections. [...] To be sure, a refutation of the irrationality objection does not imply the refutation of any of the other objections. The rationality of balancing is not a suficiente condition for the rebuttal of the other objections, but it is, in any case, a necessary condition” (The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 26-27).

¹²⁸ ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 134.

¹²⁹ SILVA, V. A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, 2011, p. 281. Segundo o autor brasileiro, “Se liberdade de expressão e liberdade sexual *sempre* trunfam sobre valores sociais e culturais, ou se as liberdades básicas *sempre* trunfam sobre outras liberdades ou sobre razões de bem público, então alguém nunca irá sopesar esses direitos um contra o outro (ou contra bens públicos), não importa que fatores concretos e possibilidades jurídicas estejam presentes num dado caso” (*Ibidem*).

¹³⁰ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 470.

¹³¹ *Ibidem*, p. 471.

simplesmente não deveriam ser levadas em conta segundo um juízo de valor prévio. É o exemplo do ódio aos esquimós:¹³² se a grande maioria da população odeia esquimós, eles poderão censurar a exibição de um filme sobre esse povo sob alegação de que isso gerará “violentos sentimentos de indignação moral e medo incontrolável”?

Com esse exemplo, Tsakyrakis pretende demonstrar que o problema está mais na justificação da restrição do que na intensidade da restrição. Algumas restrições são simplesmente injustificáveis, mas são computadas pela proporcionalidade com base na concepção de suporte fático amplo. Para ele, o exemplo dos esquimós poderia passar nos testes de adequação e necessidade e dependeria do intérprete fazer o ajustamento dos princípios de forma *ad hoc* na última etapa.¹³³

Para ele, a proporcionalidade simplesmente desgastaria a proteção dos direitos humanos porque “está comprometida com uma visão na qual tudo, mesmo aqueles aspectos da nossa vida mais proximamente associados com nosso *status* como pessoas livres e iguais, é, em princípio, disponível”.¹³⁴ Conclui, então, que “com a abordagem do balanceamento, nós não nos perguntamos mais o que é certo ou errado num caso de direitos humanos, mas, ao contrário, tentamos investigar se algo é apropriado, adequado, intenso ou abrangente”.¹³⁵

Uma primeira forma de se defender desses ataques é adotar um procedimento de quatro fases na proporcionalidade: (i) análise da legitimidade dos fins; (ii) adequação; (iii) necessidade; (iv) proporcionalidade em sentido estrito. Como afirma Madhav Khosla, o exemplo dos esquimós não comprometeria o balanceamento porque ele nem chegaria à última etapa do método, mas seria rejeitado já na primeira delas.¹³⁶

Solução semelhante é defendida por Matthias Klatt e Mortiz Meister. Os autores defendem a possibilidade de conciliar a proporcionalidade com a ideia de direitos como trunfos. Para tanto, são necessários dois elementos: (i) o acréscimo de uma primeira etapa no teste, para aferir a legitimidade do objetivo da restrição, de modo que direitos constitucionais sempre prevalecerão sobre quais considerações não constitucionais; (ii) a possibilidade de

¹³² TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 481-482.

¹³³ *Ibidem*, p. 483.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 489.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 487.

¹³⁶ KHOSLA, M. Proportionality: An assault on human rights?: A reply. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 305.

atribuir maior peso abstrato aos direitos constitucionais, na aplicação do teste da proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁷

Tsakyarakis rejeita essas abordagens. Para ele, não apenas a proporcionalidade é um procedimento trifásico que coloca total ênfase no terceiro teste, como a adoção do primeiro teste sugerido por Khosla – semelhante à sugerida por Klatt e Meister – desestabilizaria todo o método.¹³⁸ A proporcionalidade: (i) ou seria redundante, porque na primeira etapa já seria assinalada a prevalência de determinados direitos sobre interesses ou outros direitos, com base em valores morais; (ii) ou seria inócua, porque serviria para resolver conflitos entre direitos que já na primeira etapa foram considerados de mesmo valor.¹³⁹

A segunda crítica desconsidera que a proporcionalidade se baseia na distinção entre peso abstrato e peso concreto. Dizer que um objetivo é ilegítimo porque desrespeita *a priori* outros direitos é diferente de dizer que um direito deve ceder ao outro no caso concreto.

No entanto, a primeira crítica é endossada por duas incompatibilidades. A primeira é entre as ideias de núcleo essencial absoluto e proporcionalidade. Conforme explica Virgílio Afonso da Silva, “essa dupla exigência, que aparenta conferir um maior grau de proteção aos direitos fundamentais é, na verdade, pelo menos a partir dos pressupostos das teorias relativas, uma redundância”.¹⁴⁰ A segunda é entre proporcionalidade e direitos como trunfos, já explicada anteriormente.

Embora a primeira forma de defesa apresente problemas, também é possível rebater as críticas a partir do procedimento trifásico. Alexy defende a ponderação utilizando a “lei da diminuição da utilidade formal”, segundo a qual “os direitos constitucionais ganham uma sobreproporção de força conforme a intensidade da interferência aumenta”.¹⁴¹ A ideia de uma “barreira de fogo” continuaria intacta por meio da exigência de justificações mais fortes conforme o aumento da interferência, especificamente no tocante aos direitos fundamentais.

Como se percebe, essa proposta corresponde também ao segundo elemento defendido por Klatt e Meister para garantir que os direitos constitucionais funcionem como “trunfos

¹³⁷ KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 690.

¹³⁸ Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, p. 308.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 309.

¹⁴⁰ SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 45.

¹⁴¹ ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 140.

fracos” (*soft trumps*). Para eles, há uma relação que pode ser expressa numa “lei do trunfo”: “quanto maior o peso abstrato de um direito, mais provavelmente ele irá trunfar outras considerações”.¹⁴² Além disso, interferências extremamente sérias dificilmente seriam justificáveis, o que significa haver um “centro de resistência” desses direitos que seria invulnerável, dadas certas condições.¹⁴³

Essa superproteção conferida aos direitos fundamentais não evita problemas, mas serve para mitigá-los. O alerta feito por Madhav Khosla é digno de nota:

[...] nem todas as situações podem ser deixadas para o balanceamento, como a hipótese dos esquimós ou [o caso] *Brown* [vs. *Board of Education*]. [...] Juízes devem colocar uma maior ênfase nos subtestes da proporcionalidade, reconhecendo que cada um serve a uma função distinta. Quando decisões falham nesse aspecto, elas merecidamente atraem críticas. [...] O artigo de Tsakyrakis é um importante lembrete que enquanto a proporcionalidade pode fazer muito em relação a leis injustas, ela pode fazer muito pouco sobre julgamentos ruins.¹⁴⁴

Também se critica a proporcionalidade em razão dos problemas institucionais que ela causa. Basicamente, afirma-se que ela dá excessivo poder ao Judiciário. Verifica-se, porém, que a fórmula do peso é uma classe de argumentos que conecta todas as outras classes de argumentos.¹⁴⁵ Ela mostra por que o grau de não satisfação de um princípio pode ser justificado pelo grau de satisfação de outro, mas a qualificação de cada um dos elementos que compõem a fórmula depende de outras justificativas. Elas permitem, por exemplo, dizer por que uma interferência é leve ou moderada ou grave.

A partir de tais argumentos, Alexy consegue relacionar umbilicalmente três elementos do que ele chama de “constitucionalismo discursivo”: direitos fundamentais, ponderação e discurso.¹⁴⁶ O quarto elemento é o controle de constitucionalidade, e é ele o ponto central das objeções institucionais referidas anteriormente.

¹⁴² KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3, 2012, p. 690.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 691-692.

¹⁴⁴ KHOSLA, M. Proportionality: An assault on human rights?: A reply. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 306.

¹⁴⁵ ALEXY, R. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, R.; IBÁÑEZ, P. A. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 10-11.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 10.

Por meio do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional pode fulminar atos do legislador contrários à Constituição. Para os críticos da proporcionalidade, como Tsakyrakis, a opção por deixar o balanceamento a cargo dos julgadores, em vez dos legisladores, é discutível.¹⁴⁷

Então como justificar o poder da jurisdição constitucional? Alexy responde a pergunta da seguinte forma: “a única maneira de reconciliar o controle de constitucionalidade com a democracia, é considerando que aquele também é uma forma de representação do povo”.¹⁴⁸

Essa democracia, porém, não é uma democracia qualquer, mas uma “democracia deliberativa”, na qual as decisões são tomadas não apenas por conta da regra da maioria, mas por troca de argumentos também.¹⁴⁹ Nesse modelo, “a representação do povo no tribunal constitucional é puramente argumentativa”, e, como tal, é limitada pelo que se considera como argumentos “bons ou ruins”, “melhores ou piores”, à luz do que é aceito constitucionalmente. A existência de “argumentos corretos ou razoáveis” se soma à “existência de pessoas racionais que estejam dispostas e sejam capazes de aceitar argumentos corretos e razoáveis, pela mera razão de que são corretos ou razoáveis”, e ambas as condições levam à institucionalização da razão por meio do Tribunal Constitucional.¹⁵⁰

Na verdade, os juízes atuam dentro dos limites do discurso aceitável racionalmente e garantem que os legisladores atuem dos limites constitucionais. O argumento prossegue, na tentativa de conciliar as funções. Segundo Borowski, “na ponderação deve-se ter em conta um princípio adicional: este ordena *prima facie* seguir as decisões do Legislador democraticamente legitimado”, de modo que “surge assim um âmbito de discricionariedade no qual o Legislador é livre; fora de dito âmbito, ao contrário, está sujeito à Constituição.”¹⁵¹

A mesma posição é defendida por Virgílio Afonso da Silva: “se em situações de empasse o balanceamento não determina um resultado, porque os *trade-offs* são equivalentes para algumas respostas para um problema constitucional, cortes então não podem alegar ter

¹⁴⁷ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 472.

¹⁴⁸ ALEXY, R. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, R.; IBÁÑEZ, P. A. **Jueces y Ponderación Argumentativa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 13.

¹⁴⁹ Para Alexy, “La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible” (*Ibidem*, p. 14).

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 14-18.

¹⁵¹ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 48.

uma resposta melhor que o legislador”.¹⁵² Para ele, “em uma democracia, essa discricionariedade deve ser exercida pelo legislador”.¹⁵³

Em consequência, são derrubadas as objeções de que a proporcionalidade causa uma excessiva adjudicação de direitos. O que se pretende mostrar nos capítulos 5 e 6 é que não apenas as objeções institucionais são infundadas, como também é possível verificar que nem sempre a proporcionalidade embasa os julgamentos, mesmo quando ocorrem conflitos entre direitos fundamentais. Além disso, o próprio legislador se utiliza de juízos muito próximos daqueles que compõem o teste de proporcionalidade, mas nem sempre expressam isso de forma clara e estruturada.

3.3 Sobre a (Ir)racionalidade na Proporcionalidade

A principal objeção à proporcionalidade tem a ver com a alegação de irracionalidade inerente à aplicação por ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Isso porque, para os críticos, a proporcionalidade em sentido estrito não informa como o aplicador deve atribuir os pesos nem como os princípios devem ser comparados.¹⁵⁴ Segundo Schlink, por exemplo,

no teste da proporcionalidade em sentido estrito, é somente a subjetividade de quem testa que pode, ao final, ser efetiva [...] As operações de valoração e balanceamento exigidas pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito pode ser obtidas [...] no final, apenas de maneira decisionista.¹⁵⁵

Virgílio Afonso da Silva afirma, com acuidade,

Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta

¹⁵² SILVA, V. A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 2, 2011, p. 292.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 300.

¹⁵⁴ ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 28.

¹⁵⁵ SCHLINK, B. *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, apud ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 1, 2010, p. 27.

faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus argumentativo.¹⁵⁶

No mesmo sentido, veja-se a opinião de Carlos Bernal Pulido:

É evidente que a ponderação não garante uma perfeita objetividade. Isso se deve, sobretudo, ao fato de que a perfeita objetividade é um ideal que não se pode alcançar em nenhum âmbito normativo e muito menos em um âmbito tão controverso como o dos princípios, tão estreitamente vinculado com as ideologias. Uma perfeita objetividade só poderia ser alcançada em um sistema jurídico ideal, cujas disposições determinassem por completo o conteúdo dos princípios.¹⁵⁷

A crítica à racionalidade, então, envolve uma dimensão de objetividade. A objetividade pode ter sentidos diferentes. Um método objetivo pode ser, por exemplo, um método com rigor matemático e precisão.¹⁵⁸ Pode ser também um método que garante o controle intersubjetivo e a previsibilidade.¹⁵⁹ Pode ser um método justificável de modo coerente¹⁶⁰. Pode estar relacionado com a exigência de comensurabilidade.¹⁶¹

Em primeiro lugar, não se trata de um problema apenas da ponderação. Alexy redireciona o questionamento tanto à proporcionalidade como à subsunção: “qual dessas duas construções [de direitos] dá maior racionalidade na revisão constitucional – aquele que demanda subsunção ou aquela que demanda balanceamento?”¹⁶²

Retornando à construção dos direitos como regras, independentemente do formato que assume a construção (positivista ou antipositivista), e independentemente de haver reserva

¹⁵⁶ SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 367.

¹⁵⁷ Tradução livre da autora. PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 48. No original: “Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por el completo el contenido de los principios”.

¹⁵⁸ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 469.

¹⁵⁹ SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 368.

¹⁶⁰ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 32.

¹⁶¹ SILVA, V. A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, 2011, p. 274.

¹⁶² ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 134.

legal ou não para limitação do direito, sempre haverá balanceamento. Se houver reserva legal, “é muito improvável que o conteúdo do núcleo [do direito] possa ser determinado completamente de maneira que seja livre do balanceamento”; se, ao contrário, “os direitos à liberdade, vida, e integridade do corpo [...] são empregados como razões para impor limitações, alguém se confronta inevitavelmente com a necessidade de balancear”.¹⁶³

Na verdade, o método da subsunção acaba tendo sua racionalidade comprometida quando se verifica que sempre haverá balanceamento, mas ele estará ocultado por uma aparência de definição abstrata do conteúdo. Dessa forma, fica comprometido o controle intersubjetivo em razão de não haver clareza quanto às premissas adotadas.¹⁶⁴

A falta de clareza tem por consequência gerar maior liberdade para o legislador e, portanto, menor efetividade para os direitos. É o que defende Virgílio Afonso da Silva:

O que aqui se defende, portanto, é a tese de que a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um ônus argumentativo ao legislador, ao juiz e ao administrador; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. Nessas teorias, a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão a priori de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. Como se tentou deixar claro ao longo do trabalho, essas teorias, ao excluírem de antemão essa proteção, liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo. A partir delas, por exemplo, proibir o proselitismo nas emissoras comunitárias ou criar qualquer exceção ao sigilo bancário são atos que podem ser realizados, sem necessidade de fundamentação constitucional, pelo legislador ordinário, visto que se nega, de antemão, a inclusão de um (proselitismo) e de outro (sigilo bancário) na proteção dos direitos fundamentais. O ônus argumentativo, como se vê, desaparece.¹⁶⁵

Fixado que direitos como regras e direitos como princípios envolvem balanceamento (implícito ou explícito), a questão é saber se a ponderação é racional, objetiva.

¹⁶³ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 1, 2010, p. 23-24.

¹⁶⁴ SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 375.

¹⁶⁵ SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 76-77.

Primeiro, a objetividade como precisão. Observa-se que os próprios críticos da proporcionalidade negam essa objetividade no direito como uma forma de atacar o balanceamento. Como afirma Stavros Tsakyrakis, “muitos poucos, senão nenhum, valores genuínos e importantes são suscetíveis a alguma forma significativa de quantificação”.¹⁶⁶ Ao afirmarem que a pretensão do balanceamento é ser uma forma precisa de justificação da decisão, procuram atacar esse método. Mas como ressaltam Klatt e Meister, “balanceamento só pode ser preciso no grau a que a justificação externa das premissas pode ser precisa”.¹⁶⁷

Dessa forma, é necessário analisar a objetividade como justificação racional. Nesse sentido, os dois primeiros testes são evidentemente racionais (por envolverem relação de meios-fins e custo e benefício).¹⁶⁸ Resta a proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito pode ser decomposta em mais três etapas: (1) o grau de não satisfação do princípio tido como violado; (2) a importância de se satisfazer o princípio tido como promovido; e (3) se a importância em satisfazer o segundo justifica a não satisfação do primeiro. Somente se ficar demonstrado que algum desses juízos (grau de satisfação, importância de satisfazer, comparação entre eles) não puder ser feito racionalmente, é possível afirmar que a ponderação, e o princípio da proporcionalidade como um todo, entregam a defesa dos direitos fundamentais a uma análise irracional.¹⁶⁹

No caso de conflitos mensuráveis, a racionalidade fica evidente. É o caso, por exemplo, da fixação de uma nova regra trabalhista que procura limitar a jornada de trabalho e, portanto, coloca frente a frente os princípios da liberdade econômica e da proteção do trabalhador. O prejuízo econômico é plenamente quantificável (nível de produção, gastos com novos empregados etc.) e mesmo a proteção do trabalhador pode ser mensurada (expectativa de vida, tempo para lazer etc.).

Mais difícil são os conflitos não mensuráveis, como liberdade de expressão em relação aos direitos de personalidade. Mesmos esses, porém, podem ser resolvidos mediante uma escala de interferência (grave, moderada, leve). A atribuição de cada uma dessas qualidades (interferência grave, importância leve etc.) pode ser questionada no caso concreto, mas não é

¹⁶⁶ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 472.

¹⁶⁷ KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 699.

¹⁶⁸ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 28.

¹⁶⁹ ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 136.

arbitrária e destituída de fundamentos.¹⁷⁰ Justamente por ser justificada (e justificável), essa atribuição pode ser considerada racional, porque passível de um controle intersubjetivo.¹⁷¹ E se ela é o que compõe a chamada “regra da desproporcionalidade”, então se pode dizer que a ponderação é racional em si.¹⁷²

De maneira mais específica, é possível construir uma forma de “justificação interna” que conecte as premissas de maneira a tornar o argumento coerente e justificável. Essa justificação é a “fórmula do peso”, que relaciona tanto para o princípio restringido como para o princípio promovido, o grau de interferência no princípio, o peso abstrato do princípio e o grau de confiabilidade nas afirmações empíricas feitas. Associando a fórmula à escala de níveis de intensidade (que pode até ser transformada em números), é possível justificar a ponderação. E a possibilidade de justificar “implica racionalidade, e, com ela, objetividade, entendida como algo entre a certeza e a arbitrariedade”.¹⁷³

Assim, para Alexy, a crítica é infundada, porque:

[...] é certo que a fórmula do peso não determina qual pode vir a interferir num direito fundamental (Ii, Ij); ou quando se deve fazer uso de uma escala leve (l), moderada (m) ou grave (g). Tampouco nos diz qual tipo de peso abstrato (Wi, Wj) têm os princípios em conflito. Finalmente, ela não diz nada a respeito da confiabilidade (Ri, Rj) das apreciações empíricas. Nada disto, sem embargo, tem a ver com a irracionalidade. Precisamente ocorre todo o contrario. Os valores que substituem as variáveis representam proposições; assim, por exemplo, a proposição: “A restrição do direito à personalidade é moderada”. Esta proposição pode ser fundamentada, e, de fato, tem que ser fundamentada. Isto se pode levar a cabo somente mediante a argumentação. Para tanto, a fórmula do peso resulta ser um argumento pertencente ao discurso jurídico racional e, como tal, ela se faz imprescindível para poder introduzir “ordem ao pensamento jurídico”. Isto deixa claro quais pontos são os decisivos e como tais pontos se relacionam

¹⁷⁰ SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 370; ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 139.

¹⁷¹ SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 371.

¹⁷² ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 138-139.

¹⁷³ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010, p. 29-32.

uns com os outros. Uma estrutura de discurso jusfundamental que assegure maior racionalidade não é possível.¹⁷⁴

Afasta-se também a crítica de que a justificação por meio da proporcionalidade esconde uma argumentação moral. Isso porque a “justificação interna” por meio da fórmula do peso depende de uma “justificação externa” de caráter moral. Em outras palavras, se a fórmula do peso garante que as premissas levarão à conclusão final, o discurso moral garante que as premissas serão verdadeiras – embora não, deixe-se claro, incontestáveis.¹⁷⁵

Para Borowski e da Silva a jurisprudência também é uma forma de conferir racionalidade para a ponderação.¹⁷⁶ Em cada julgamento são fixadas relações de precedência entre princípios, e essas relações podem ainda ser mais desenvolvidas posteriormente. As decisões que procurem se desviar das relações anteriormente fixadas precisam de uma justificativa ainda mais forte que justifique o tratamento desigual de situações semelhantes (princípio da igualdade). Nos dizeres de Carlos Bernal Pulido:

A fórmula do peso explicita todos os elementos que o juiz deve ter em conta para que suas decisões encontrem respaldo em uma fundamentação correta. Na prática jurídica, essas decisões judiciais conformam uma rede de precedentes que permite a aplicação consistente e coerente dos princípios e a predição dos resultados das ponderações futuras.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Tradução livre da autora. ALEXY, R. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011, p. 28. No original: “[...] es cierto que la fórmula del peso no determina qué puede venir a interferir con un derecho fundamental (Ii, Ij); o cuándo se debe hacer uso de una escala leve (l), moderada (m) o grave (g). Tampoco nos dice qué tipo de peso abstracto (Wi, Wj) tienen los principios en conflicto. Finalmente, ella no dice nada respecto de la confiabilidad (Ri, Rj) de las apreciaciones empíricas. Nada de esto, sin embargo, tiene que ver con la irracionalidad. Precisamente ocurre todo lo contrario. Los valores que sustituyen a las variables, representan proposiciones; así, por ejemplo, la proposición: «La restricción del derecho a la personalidad es moderada». Esta proposición puede ser fundamentada, y, de hecho, tiene que ser fundamentada. Esto se puede llevar a cabo solamente mediante la argumentación. Por lo tanto, la fórmula del peso resulta ser un argumento perteneciente al discurso jurídico racional como tal, ella se hace imprescindible para poder introducir «orden al pensamiento jurídico». Esto pone en claro qué puntos son los decisivos y cómo dichos puntos se relacionan los unos con los otros. Una estructura de discurso iusfundamental que asegure mayor racionalidad no es posible”.

¹⁷⁵ KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 693-694.

¹⁷⁶ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 47; SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 377.

¹⁷⁷ Tradução livre da autora. PULIDO, C. B. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 68. No original: “La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica

Outra forma de conferir essa objetividade possível é o controle social. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,

Quanto maior for o controle, quanto maior for a transparência, quanto maior for a publicidade das decisões de um determinado tribunal (na internet, por exemplo), tanto menor será a possibilidade de decisões ad hoc. Com isso, aumenta-se a segurança, a previsibilidade e, parece-me ser possível afirmar, a objetividade.¹⁷⁸

Para o autor, a contribuição desse entendimento é o fortalecimento do Estado Democrático de Direito por meio da exigência de fundamentação constante:

[A relativização dos direitos fundamentais] É, ao contrário, uma tentativa de criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do legislativo e do judiciário, a partir de um modelo que impõe, a todo tempo, exigências de fundamentação. O relativismo, portanto, está aqui claramente em conexão com as exigências de um Estado Democrático de Direito, que não aceita a restrição aos seus direitos mais fundamentais de forma acobertada, por meio do recurso a intuições, muitas vezes moralistas, e a pré-compreensões mal-esclarecidas.¹⁷⁹

Todos esses fundamentos também situam a questão da objetividade como previsibilidade, intersubjetividade e comensurabilidade. Nos dois primeiros casos, fica evidente a relação com a existência de uma justificação racional, aceita pelas demais pessoas e coerente com a história de julgamentos do tribunal.

Em relação à comensurabilidade, há uma forte crítica no sentido de que a metáfora do balanceamento “não diz nada sobre como os vários interesses devem ser sopesados” e não consegue estabelecer uma medida comum para que os vários interesses sejam ponderados.¹⁸⁰ Ilustrativamente, é como comparar maçãs e laranjas.¹⁸¹

jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras”.

¹⁷⁸ SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 378.

¹⁷⁹ SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006, p. 49.

¹⁸⁰ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009, p. 471.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 475.

A rejeição à proporcionalidade seria robusta, para essa corrente, porque não seria possível defender um método completamente neutro, já que “se o discurso moral está ausente, não há maneira de demonstrar que valores, de fato, são comensuráveis, e não faz sentido, consequentemente, pretender que o princípio da proporcionalidade nos permita a fazê-lo”.¹⁸²

Contudo, como bem demonstra Virgílio Afonso da Silva, incomensurabilidade não é o mesmo que incomparabilidade e nem conduz à neutralidade. O princípio *A* pode ser incomensurável se não houver uma medida que lhe dê um valor em relação a outros princípios que seguem a mesma medida. Valores como a defesa do meio ambiente equilibrado e o direito à personalidade são incomensuráveis nesse sentido. Isso não significa que, diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, alguém esteja impedido de dizer que prefere o princípio *A* (meio ambiente equilibrado) em relação ao princípio *B* (liberdade econômica).¹⁸³

Dessa forma, a existência de um valor de referência, e não de uma medida, é necessária para a comparação. De uma só vez, afirma-se que os princípios podem ser comparados e que essa operação só pode ser feita por meio de considerações morais.¹⁸⁴

Mesmo assim, como bem demonstra o professor brasileiro, Alexy conseguiu criar uma fórmula de certo modo comensurável. Não são os princípios que são comensuráveis em abstrato (não se mede o valor da proteção ao meio ambiente, por exemplo), mas são “os graus de satisfação e não satisfação deles”.¹⁸⁵ Isso envolve a apreciação de custo-benefício de alternativas concretas (*trade-offs*). Esse custo-benefício se baseia na atribuição de valores numa escala triádica já mencionada anteriormente, referente aos graus de intensidade de restrição e promoção dos princípios. Os dois princípios podem ser medidos numa escala de interferência comum (grave, moderado e leve), e depois comparados.¹⁸⁶

No mesmo sentido, é a opinião de Carlos Bernal Pulido, para quem existem casos fáceis e casos difíceis de atribuição dessa graduação aos princípios. O autor explica que “em

¹⁸² TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009.

¹⁸³ KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 696-697; SILVA, V. A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, 2011, p. 283.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 284.

¹⁸⁵ KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 696-697; SILVA, V. A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, 2011, p. 286.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 287.

geral, esta modalidade de casos difíceis se apresenta quando o que está em jogo na ponderação é uma margem de liberdade ou de autonomia que a Constituição conferiu a um indivíduo ou a uma coletividade”,¹⁸⁷ como ocorre, por exemplo, com a liberdade religiosa ou o direito à cultura. Da mesma forma, a atribuição dos pesos abstratos aos princípios também depende das pré-compreensões do intérprete “sobre aspectos materiais, relativos à ideia de Constituição, de Estado e de Justiça”.¹⁸⁸

Ao final da exposição dessas ideias, concordamos com o autor colombiano em sua conclusão:

[...] o fato de que a racionalidade que oferece a ponderação tenha limites, não lhe retira seu valor metodológico, assim como a circunstância de que o silogismo não garantir a verdade das premissas maior e menor, tampouco lhe retira por completo sua utilidade. A ponderação representa um procedimento claro, inclusive a respeito de seus próprios limites. Se bem não pode reduzir a subjetividade do intérprete, nela se pode fixar-se qual é o espaço no qual jaz essa subjetividade, qual é a margem para as valorações do juiz e como tais valorações constituem também um elemento para fundamentar as decisões. A ponderação se rege por certas regras que admitem uma aplicação racional, mas que de nenhuma maneira podem reduzir a influência da subjetividade do juiz na decisão e sua fundamentação. A graduação da afetação dos princípios, a determinação de seu peso abstrato e a certeza das premissas empíricas e a eleição da carga de argumentação apropriada para o caso conformam o campo no qual se move dita subjetividade.¹⁸⁹

Não é outra a opinião de Luís Roberto Barroso, para quem “a objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os

¹⁸⁷ PULIDO, C. B. Estructura y limites de la ponderación. **Doxa – Cadernos de Filosofia del Derecho**, n. 26, 2003, p. 19.

¹⁸⁸ Tradução livre da autora. *Ibidem*, p. 23. No original: “*El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia*”

¹⁸⁹ Tradução livre da autora. PULIDO, C. B. Estructura y limites de la ponderación. **Doxa – Cadernos de Filosofia del Derecho**, n. 26, 2003, p. 29. No original: “[...] *el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad*”.

balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto”.¹⁹⁰

Portanto, acreditamos que se por racionalidade for entendido tanto a possibilidade de compreensão intersubjetiva da decisão judicial, como a existência de uma coerência interna e de uma objetividade máxima, então a proporcionalidade afigura-se como um método racional em todas as suas etapas.

¹⁹⁰ BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 288.

4 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

O princípio da proporcionalidade espalhou-se pelas jurisdições constitucionais de diversos países do mundo, especialmente depois da década de 1970.¹⁹¹ Tornou-se um método difundido e bem sucedido de aplicação de princípios e, mais do que isso, facilitou a comunicação e a aproximação entre os diversos sistemas no mundo.¹⁹² A proporcionalidade é um dos principais aspectos do chamado “paradigma pós-guerra”, associando-se às cláusulas de proteção dos direitos fundamentais de forma íntima.¹⁹³

Não se pode ignorar, porém, que a proporcionalidade possui raízes históricas mais ou menos definidas, como se procurará demonstrar, e que elas são recepcionadas por diferentes motivos e de diferentes formas nos países. Na maioria deles, ela está relacionada com o desenvolvimento dos limites ao poder de polícia. Explicam Machete e Violante:

No domínio da polícia administrativa subsiste a necessidade de prevenção de perigos, devendo agora, subordinar-se à lei. Contudo, dado que as situações a considerar são muito variadas e dinâmicas e a ação de polícia deve ser eficaz, impôs-se a conformação da previsão das normas de atuação policial mediante cláusulas gerais contendo conceitos indeterminados e da respectiva estatuição seguindo o princípio da oportunidade. Daí, também, a necessidade de um controlo reforçado da legalidade da atuação policial, nomeadamente no que se refere ao seu “se” e ao seu “como”. O direito administrativo de polícia vai justamente procurar moderar o poder de coerção próprio da atuação de polícia, recorrendo, para o efeito, à ideia geral de proibição do excesso.¹⁹⁴

Para entender como se dá a aplicação da proporcionalidade, é recomendável olhar para o Direito Comparado. Este capítulo pretende desenvolver essa abordagem, enfocando principalmente a Alemanha (matriz do princípio), os Estados Unidos da América (principal foco de resistência) e outros países como Espanha, Itália, Canadá, França e Portugal.

¹⁹¹ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 369 e 381; KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 687.

¹⁹² *Ibidem*, p. 409.

¹⁹³ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 263.

¹⁹⁴ MACHETE, P.; VIOLANTE, T. **O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal. Roma: Tribunal Constitucional de Portugal, 2013, p. 3-4.

4.1 A Proporcionalidade no Direito Alemão

Como explicam Cohen-Eliya e Porat, o desenvolvimento da proporcionalidade no Direito Alemão pode ser compreendido à luz de quatro fatores: (i) históricos; (ii) culturais; (iii) institucionais; e (iv) estruturais.

Historicamente, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade é um movimento de sistematização dos subprincípios que remonta ao séc. XVIII. Como indicam os autores, a primeira referência à proporcionalidade consta do Código Geral Prussiano de 1794, que, ao dispor sobre o poder de polícia, prescrevia que a polícia teria que fazer o que fosse *necessário* para enfrentar perigos à ordem e à segurança pública.¹⁹⁵

Segundo Cohen-Eliya e Porat, “ela foi um importante instrumento para a introdução de direitos individuais num sistema jurídico autoritário que, historicamente, dava apenas uma base textual limitada para esses direitos”.¹⁹⁶

O desenvolvimento da proporcionalidade acompanhou o desenvolvimento do Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*). Como as forças liberais da Prússia não encontravam respaldo no Parlamento dominado por forças conservadoras, recorreram a tribunais administrativos como a força para limitar o poder estatal.¹⁹⁷ J. J. Canotilho descreve as características desse período da seguinte forma:

A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao *império da lei* (*Herrschaft des Gesetzes*) transformando-se em “órgão do Estado”. No âmbito da atividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos deviam actuar nos termos da lei (*princípio da legalidade da administração*) e obedecer a princípios materiais como, por exemplo, o

¹⁹⁵ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 369 e 381; KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012, p. 388, nota 83; GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, n. 57, 2007, p. 384; SCHLINK, B. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here? **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 291-302, 2012, p. 294.

¹⁹⁶ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 271. A existência do princípio na Alemanha desde o Código prussiano compromete a afirmação de que a proporcionalidade foi uma recepção das ideias francesas no país. Essa alegação encontra-se em BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 47.

¹⁹⁷ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 272.

princípio da proibição do excesso (Übermassverbot). Logicamente, estes princípios conduzem à exigência de *controle judicial da atividade da administração*. A fiscalização da legalidade dos actos da administração pelos tribunais poder-se-ia fazer segundo um de dois modelos: (1) ou segundo o modelo de *jurisdição ordinária* confiando aos *tribunais ordinários* o controlo da atividade administração (modelo seguido em Bremen e Hamburgo); (2) ou segundo o modelo da justiça administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) atribuindo a *tribunais administrativos* a tarefa de julgar os actos da administração (modelo adoptado pelas leis da Prússia de 3-7-1875, e da Baviera de 8-8-1878).¹⁹⁸

Aponta-se que entre 1882 e 1914, a Corte Administrativa Suprema da Prússia usou a proporcionalidade muitas vezes para controlar o poder de polícia exercido pelo Estado prussiano.¹⁹⁹ Segundo sua jurisprudência, “os meios tinham que funcionar, não deveria haver nenhum outro meio que fosse igualmente efetivo, mas menos intrusivo, e o fim deveria ser importante o suficiente para justificar a intrusão”.²⁰⁰

Depois da Segunda Guerra (1939-1945), o Tribunal Constitucional alemão se defrontou com a mesma necessidade de conciliar os direitos individuais e a capacidade estatal de interferir neles. Para harmonizar as duas necessidades, ela recorreu à mesma construção utilizada anteriormente: “as leis que o legislador criava para perseguir seus objetivos deveria ser proporcionais”²⁰¹. A primeira menção à proporcionalidade surge em 1954, na *BVerfGE* 3.²⁰²

O primeiro caso no qual houve uma construção estruturada e sistemática do princípio da proporcionalidade foi o caso *Apotheke*, de 1958 (*BVerfGE* 7).²⁰³ Em 1965, a Corte fixou a

¹⁹⁸ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 97.

¹⁹⁹ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 273.

²⁰⁰ SCHLINK, B. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here? **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, 2012, p. 294.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 295.

²⁰² GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, n. 57, 2007, p. 385, nota 10.

²⁰³ Leonardo Martins relata brevemente o caso da seguinte forma: “O reclamante era, desde 1940, farmacêutico formado. Em 1956, requereu o alvará de funcionamento para a abertura de uma farmácia em uma pequena localidade chamada Traunreut, na alta Baviera. O pedido foi indeferido com base em uma lei bávara para o setor farmacêutico (BayApothekenG). Além de a lei em geral pressupor a formação completa com a conclusão Aprobaton, a cidadania alemã, uma certa experiência profissional, além de qualidades subjetivas (confiabilidade e aptidão), o Art. 3 I ApothekenG fazia a outorga da permissão para funcionamento depender de dois fatores objetivos: necessidade em face do interesse público e proteção do mercado farmacêutico como um todo (própria base econômica da nova farmácia garantida e não ameaça à subsistência econômica das farmácias já existentes na mesma região). Sobre tudo esse último fator objetivo, levava a autoridade competente a fixar uma relação ideal entre o número de farmácias e o de habitantes em uma determinada região. [...] Assim, concretamente a autoridade competente fundamentou sua decisão de indeferir o pedido de alvará com o fato de que as farmácias

base constitucional para a proporcionalidade no princípio do *rule of law* e na própria essência dos direitos fundamentais (*BVerfGE* 19), considerando o conflito que existia entre liberdades individuais e interesses governamentais.²⁰⁴

Culturalmente, é possível apontar dois aspectos que contribuíram para o desenvolvimento do princípio: a cultura jurídica e a cultura política alemãs. Juridicamente, a proporcionalidade esteve relacionada à noção de direitos de liberdade como direitos naturais dos indivíduos e à concepção formalista e analítica de direito. Principalmente a visão formalista do sistema jurídico contribuiu para que até o final da Segunda Guerra a ênfase ocorresse muito mais sobre os primeiros testes (adequação e necessidade) do que sobre a proporcionalidade em sentido estrito.²⁰⁵

Politicamente, a concepção de Estado existente na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial negava a neutralidade estatal, como uma forma de impedir que manifestações racistas perdurassem e incutir na sociedade alemã os valores de respeito aos direitos fundamentais como base de toda a comunidade, em contraposição às ideias nacionalistas anteriores.²⁰⁶

Ademais, com fundamento numa concepção de Estado como uma “união de pessoas que possuem um sistema de valores compartilhado e se empenham em promovê-los”, os

já existentes na comunidade seriam plenamente suficientes para o atendimento da população, não podendo o estabelecimento de uma nova farmácia ser considerado como sendo do interesse público (Art. 3 I, a) ApothekenG). No mais, a base econômica da nova farmácia não estava assegurada e a base econômica das já estabelecidas restariam ameaçadas com a vinda ao mercado de uma nova farmácia (Art. 3 I, b) ApothekenG).” (SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução para português de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 593-594). No julgamento, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que era sua responsabilidade zelar pelo controle da atividade legislativa, para que se mantivesse nos limites da Constituição, de modo a verificar a necessidade das leis que restringiam direitos dos indivíduos. Ao final, considerou excessiva a restrição à liberdade profissional do farmacêutico, tendo em vista que “os perigos da liberdade de estabelecimento de farmácias temidos pelo legislador não puderam, conforme o supra apurado, ser apresentados como tão prováveis a ponto de que sobre eles se pudesse basear – mantendo-se vigente de resto o direito farmacêutico e produtos farmacêuticos – a mais dura restrição da liberdade de escolha profissional, qual seja, a exclusão de candidatos plenamente qualificados do exercício autônomo da profissão de farmacêutico” (*Ibidem*, p. 615).

²⁰⁴ GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, n. 57, 2007, p. 385-386.

²⁰⁵ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, 2010, p. 273-275.

²⁰⁶ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 389.

órgãos governamentais possuem “a tarefa de elaborar e conformar valores sociais e normas”, inclusive os tribunais.²⁰⁷

A pedra de toque de todo o sistema foi a ideia de “ordem objetiva de valores”, ou seja, princípios constitucionais que se orientam segundo o valor da dignidade da pessoa humana. Essa construção foi feita pelo Tribunal Constitucional alemão pela primeira vez no caso *Lüth*, de 1958.²⁰⁸ Conforme explica Alexy:

A decisão em *Lüth* conecta três ideias que serviram fundamentalmente para moldar o direito constitucional alemão. A primeira é que a garantia constitucional dos direitos individuais não é simplesmente uma garantia de direitos de defesa clássicos dos cidadãos contra o estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar o Tribunal Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. [...] Seguindo essa linha, alguém pode dizer que a primeira ideia básica da decisão em *Lüth* é que os direitos constitucionais não possuem apenas o caráter de regras, mas também o caráter de princípios. A segunda ideia, intimamente ligada à primeira, é que os valores ou princípios encontrados nos direitos constitucionais aplicam-se não apenas à relação entre os cidadãos e o estado, mas, bem além disso, ‘para todas as áreas do direito’. Graças a isso, um ‘efeito irradiante’ dos direitos constitucionais sobre o sistema jurídica inteiro é . Direitos constitucionais se tornam ubíquos. A terceira ideia é implicada pela estrutura de valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida por balanceamento. A lição da decisão em *Lüth* que é mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, conseqüentemente, consiste no seguinte: ‘Um ‘balanceamento de interesses’ se torna necessário’.²⁰⁹

²⁰⁷ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 390.

²⁰⁸ GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, n. 57, 2007, p. 387. Uma descrição precisa do caso *Lüth* pode ser vista em ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 132-133.

²⁰⁹ Tradução livre da autora. ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, Junho 2003, p. 133. No original: “*The Lüth decision connects three ideas that have served fundamentally to shape German constitutional law. The first is that the constitutional guarantee of individual rights is not simply a guarantee of classical defensive rights of the citizen against the state. The constitutional rights embody, to cite the Federal Constitutional Court, “at the same time an objective order of values”. [...] Taking up this line, one might say that the first basic idea of the Lüth decision is that constitutional rights have not only the character of rules but also the character of principles. The second idea, closely tied to the first, is that the values or principles found in the constitutional rights apply not only to the relation between the citizen and the state but, well beyond that, “to all areas of law”. Thanks to this, a “radiating effect” of constitutional rights over the entire legal system is brought about. Constitutional rights become ubiquitous. The third idea is implied by the structure of values and principles. Values and principles tend to collide. A collision of principles can only be resolved by balancing. The lesson of the Lüth decision that is most important for everyday legal work runs, therefore, as follows: “A ‘balancing of interests’ becomes necessary”.*”.

A proporcionalidade é a principal ferramenta com que conta o Tribunal Constitucional alemão para concretizar essa concepção orgânica de Estado na prática, como uma forma de harmonizar os diferentes valores numa “unidade de valores”.²¹⁰

Institucionalmente, a consequência é que o uso da proporcionalidade pela jurisdição não é visto como uma intromissão ilegítima no espaço do legislador, mas, antes, como uma “implementação objetiva, sistemática e lógica de direitos fundamentais”, o que constitui a essência da tarefa dos tribunais constitucionais.²¹¹ Nessa utilização, ela assume quatro características: (i) ênfase na proporcionalidade em sentido estrito por ser a forma por excelência de harmonização; (ii) otimização dos princípios de forma a concretizar na maior medida a dignidade da pessoa humana; (iii) aplicação *ad hoc*; (iv) tratamento de todos os direitos e interesses constitucionais de forma indistinta, sem preferências apriorísticas.²¹²

A estrutura da Constituição alemã também contribui para que a proporcionalidade seja um aspecto distintivo do sistema. Conforme explicam Cohen-Eliya e Porat, quatro características fundamentais sustentam isso: (i) a enunciação de valores na Constituição, de âmbito mais abrangente do que simples direitos; (ii) a concepção de direitos não só como direitos negativos, mas como funcionalmente protetivos, positivos; (iii) a concepção de que direitos são capazes até mesmo de vincular os particulares em suas relações (*Drittwirkung*), justamente porque obrigam o Estado não apenas a respeitá-los, mas a promovê-los na comunidade; (iv) a construção dos direitos como princípios tornam os conflitos frequentes e inerentes ao direito constitucional alemão.²¹³

Leonardo Martins explica que o art. 19 da Constituição alemã traz a ideia de “limites dos limites” ao determinar que “em nenhum caso pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial” (art. 19, II).²¹⁴ Além disso, explica:

²¹⁰ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 392.

²¹¹ *Ibidem*, p. 393.

²¹² *Ibidem*, p. 394-395.

²¹³ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 405-408.

²¹⁴ MARTINS, L. Introdução. In SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução para português de Beatriz Henning *et al.* Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 94.

Como a Grundgesetz vinculou explicitamente o legislador no Art. 1 III GG, o uso da reserva legal não pode submeter-se ao completo poder discricionário do legislador. Tal uso, enquanto limite da liberdade, deve sofrer, por sua vez, e também por força constitucional, mais precisamente do aludido Art. 1 III GG, limitações. A dialética entre limite e seu limite, sintetizada na expressão transformada em figura dogmática “limite do limite” (Schrankschranke) é decorrência lógico-normativa e dogmática do vínculo do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, firmado no Art. 1 III GG. O chamado princípio da proporcionalidade é o critério amplamente desenvolvido e difundido pela literatura especializada e, principalmente, pela jurisprudência do TCF, para a justificação constitucional de quaisquer intervenções em direitos fundamentais.

[...]

A aplicação do critério da proporcionalidade como limite dos limites não se confunde com uma ponderação de bens, interesses ou valores jurídicos, mas representa a busca “do” meio necessário de intervenção, assim entendido o meio adequado de intervenção (adequado ao propósito da intervenção) que seja, em face da liberdade atingida, o menos gravoso. Aplicar o critério da proporcionalidade significa, portanto, interpretar e analisar o propósito perseguido pelo Estado e o meio de intervenção em si, no que tange às suas admissibilidades e à relação entre os dois. Esta deve poder ser caracterizada como uma relação de adequação e necessidade, no seus sentidos técnicojurídicos.²¹⁵

Os traços distintivos da proporcionalidade alemã facilitariam a sua difusão para outros países. Segundo os estudiosos alemães, trata-se de um método mais estruturado, mais útil para os juízes em casos que envolvem princípios, mais transparentes em termos de fundamentação decisória e mais efetivos na educação do público e do governo.²¹⁶ Além disso, a emergência de sistemas cada vez mais orientados para a construção de direitos como princípios levaria, logicamente, à proporcionalidade, como visto anteriormente.

4.2 A Proporcionalidade no Direito Estadunidense

No direito constitucional norte americano, a doutrina que mais se assemelha à proporcionalidade alemã é o “balanceamento”. As semelhanças de estrutura dos métodos são evidentes: tanto uma como outra se baseiam na comparação entre a extensão da restrição aos

²¹⁵ MARTINS, L. Introdução. In SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução para português de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 88-89.

²¹⁶ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 268.

direitos e o grau de importância da restrição; o balanceamento americano também conhece a análise de meio e fim presentes nos subprincípios da adequação e da necessidade; o balanceamento também engloba, implícita ou explicitamente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.²¹⁷

No entanto, há importantes diferenças, que se relacionam com os mesmos três fatores que explicam a proporcionalidade alemã: (i) históricos; (ii) culturais; (iii) institucionais; e (iv) estruturais.

Historicamente, o balanceamento nos EUA surgiu num contexto diferente do alemão. Ao invés de surgir no séc. XVIII, apareceu apenas no séc. XX. O primeiro caso sobre o tema de liberdade de expressão foi *Schneider v. New Jersey*, datado de 1939, no qual a Suprema Corte se defrontou com uma legislação municipal que restringia a liberdade de expressão em nome da limpeza das ruas.²¹⁸

A proporcionalidade não surgiu no direito público, mas no direito privado, e não foi construída como forma de limitar o poder do Estado, mas como uma forma de permitir que o Estado interviesse na esfera econômica e flexibilizasse os direitos individuais. Essas características decorreram principalmente dos embates na Suprema Corte durante a *Era Lochner*.

A decisão no caso *Lochner*, na qual a Suprema Corte fulminou a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que aumentava a proteção trabalhista, suscitou críticas ácidas do chamado “movimento realista americano”. Mais do que isso, ela foi uma demonstração de que o formalismo poderia levar a uma indesejada absolutização dos direitos fundamentais de liberdade (no caso, restringiu-se a redução de jornada de trabalho com base na liberdade de contratar dos trabalhadores).²¹⁹ A resposta foi a proposta de balanceamento, que, por isso, assumiu duas características antagônicas à proporcionalidade alemã: (i) igualava direitos e interesses como uma forma de flexibilizar direitos categóricos; (ii) conferia à legislatura a tarefa precípua de ponderar os interesses, uma forma de autocontenção judicial.²²⁰

²¹⁷ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. *San Diego Law Review*, v. 46, 2009, p. 385-386.

²¹⁸ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 267-268.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 279-280.

²²⁰ *Ibidem*, p. 282.

Essas características culminaram em decisões favoráveis ao macarthismo e, por isso, o balanceamento foi rejeitado no período considerado como o mais progressivo da Suprema Corte americana: a Corte Warren.²²¹

Em relação aos aspectos culturais, juridicamente o balanceamento surgiu como uma contraposição ao formalismo exacerbado do *Langdellianismo*, movimento inspirado nas ideias de Christopher Columbus Langdell, que via o direito como um sistema científico e a decisão judicial como uma empreitada de dedução de conceitos sem relação com a situação concreta.²²² Coube ao realismo americano se contrapor a essa visão e sugerir que os interesses deveriam ser balanceados – para Oliver Holmes, a lei seria “um meio para um fim social”.²²³

Politicamente, se na Alemanha predomina uma concepção orgânica do Estado, nos EUA há uma grande desconfiança sobre os órgãos do governo. Os direitos são concebidos como trunfos dos cidadãos contra a opressão estatal, os poderes são separados de maneira rígida (sistema de governo presidencialista) e devem guardar uma postura de neutralidade. Além disso, a Constituição é concebida a partir de uma visão democrática, de soberania popular e de disputas ideológicas por meio da política.²²⁴

Essa diferença encontrou reflexos práticas na maneira como os direitos foram concebidos. Conforme explica Cohen-Eliya e Porat, “formular direitos constitucionais em termos absolutos foi preferido à complexidade de permitir limitações de direitos em algumas instâncias” e “uma distinção claramente definida entre direitos individuais e interesses governamentais foi preferida a limites pouco nítidos para salvaguardar a autonomia individual e limitar o poder governamental”.²²⁵ Trata-se de uma construção dos direitos como regras.²²⁶

A proporcionalidade se choca com todos os quatro valores que embasam a cultura americana.²²⁷ Em consequência, não se deve falar em princípio da proporcionalidade como existe na Alemanha, mas em “balanceamento limitado” (*bounded balancing*).

²²¹ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 283.

²²² *Ibidem*, p. 276-277.

²²³ *Ibidem*, p. 277.

²²⁴ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. *San Diego Law Review*, v. 46, 2009, p. 396-397.

²²⁵ *Ibidem*, p. 396.

²²⁶ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 264.

²²⁷ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. *San Diego Law Review*, v. 46, 2009, p. 398.

Ele se manifesta em três formas de balanceamento diferentes. Primeiro, como forma de mostrar que os meios não são adequados aos fins enunciados ou que a restrição é tão grande que, na verdade, um governo racional só pode estar camuflando o real motivo por trás da sua declaração. Trata-se do balanceamento como forma de descortinar uma ilicitude nos fins.²²⁸

Uma segunda forma de balanceamento limitado é o entendimento de que se trata de uma exceção aplicável apenas quando a regra for gerar resultados extremamente injustos no caso concreto. Resume-se a uma hipótese excepcional e, por isso, não pode ser vista com a mesma abrangência da proporcionalidade alemã.²²⁹

Finalmente, mesmo o balanceamento propriamente dito (comparação entre dois interesses ou direitos concorrentes) assume uma feição restrita nos EUA, sendo relegado a uma aplicação pragmática ou minimalista. Trata-se da ideia de que o balanceamento serve para promover interesses sociais.²³⁰

Como bem mostrado por Cohen-Eliya e Porat, as diferenças de estrutura do direito constitucional americano diferenciam o balanceamento dos EUA da proporcionalidade alemã. Não há, em primeiro lugar, uma indicação de valores, mas uma enunciação de direitos. Além disso, os direitos são negativos, de proteção do cidadão contra o Estado, e, por isso, não há uma obrigação do Estado em tomar atitudes positivas de proteção dos indivíduos em suas relações particulares²³¹. Finalmente, a construção como regras diminui a quantidade de conflitos entre os direitos porque cada um deles possui seu próprio âmbito de aplicação.²³²

Nos EUA, essa diferente estrutura constitucional conduz a um intenso debate sobre a recepção ou não de institutos de direito estrangeiro.²³³ O “excepcionalismo americano” (*American exceptionalism*), na sua vertente metodológica, afirma que “o direito constitucional americano tende a ser categórico ao invés de aberto e constituído por padrões”. Assim, “a análise constitucional é conduzida em sua inteireza em um único estágio de identificação se um direito constitucional foi infringido ou qual categoria aplica-se a um dado caso”.²³⁴ Trata-

²²⁸ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. *San Diego Law Review*, v. 46, 2009, p. 399-402.

²²⁹ *Ibidem*, p. 402-403.

²³⁰ *Ibidem*, p. 404-405.

²³¹ *Ibidem*, p. 405-407.

²³² *Ibidem*, p. 408.

²³³ *Ibidem*, p. 373.

²³⁴ *Ibidem*, p. 374.

se de uma posição, portanto, que defende o sistema americano como um sistema de direitos fundamentais como regras.

Não obstante essas características, é possível notar no desenvolvimento recente uma maior convergência entre o balanceamento americano e a proporcionalidade alemã. O balanceamento deixou de ser associado com a autocontenção judicial e passou a servir para proteger, e não apenas limitar, direitos.²³⁵

A recente decisão no caso *District of Columbia v. Heller* parece indicar uma possível abertura para a introdução do princípio da proporcionalidade nos EUA.²³⁶ Em seu voto divergente, o *Justice* Stephen Breyer mencionou explicitamente “a abordagem da proporcionalidade”, ou seja, o princípio da proporcionalidade como um método de adjudicação e não como uma mera análise de desproporção ou proporção de uma restrição. Segundo Cohen-Eliya e Porat, ao comentarem a decisão, não houve nenhuma novidade quanto à posição do *Justice* Breyer em se abrir para as propostas estrangeiras, mas houve uma grande mudança de estratégia em tentar demonstrar que elas se ancoram no próprio direito americano.²³⁷

No caso, questionava-se se uma lei do Distrito de Colúmbia que proibia a posse de armas de fogo em casa violava a Segunda Emenda da Constituição norte-americana, que dispõe: “Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não poderá ser infringido”. A maioria da Suprema Corte entendeu que se tratava de um “direito individual a possuir uma arma de fogo sem conexão com o serviço numa milícia, e a usar essa arma para propósitos tradicionalmente legais, como autodefesa dentro de casa”.²³⁸

Divergindo dessa posição, Stephen Breyer afirmou não apenas que “o direito protegido pela Segunda Emenda não é absoluta, mas ao invés, é sujeito a regulação governamental”, como também consignou:

²³⁵ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2, 2010, p. 285.

²³⁶ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. *San Diego Law Review*, v. 46, 2009.

²³⁷ *Ibidem*, p. 370-371.

²³⁸ SUPREMA CORTE. *District of Columbia et al v. Heller*. 554 U.S 570. 2008.

Eu adotaria simplesmente esse questionamento de balanceamento de interesses explicitamente. O fato de que interesses importantes estejam em ambos os lados da equação constitucional sugere que a revisão da regulação do controle de armas não é um contexto no qual uma corte deva efetivamente presumir ou a constitucionalidade (como uma revisão de base racional) ou a inconstitucionalidade (como no escrutínio estrito). Ao contrário, ‘onde uma lei significativamente implica interesses concorrentes constitucionalmente protegidos em maneiras complexas’, a Corte geralmente questiona se o estatuto carrega um interesse protegido de uma forma ou numa extensão que esteja além da proporção dos efeitos salutares do estatuto sobre outros interesses governamentais importantes. [...] Qualquer resposta levaria em conta ambos os efeitos do estatuto sobre os interesses concorrentes e a existência de qualquer alternativa claramente superior e menos restritiva. [...] Contrária à sugestão infundada da maioria que esse tipo de abordagem de “proporcionalidade” não tem precedentes [...], a Corte a aplicou em vários contextos constitucionais, incluindo casos de direito eleitoral, casos de expressão, e casos de devido processo. [...] ²³⁹

Em conclusão, os EUA demonstram que a recepção da proporcionalidade não é algo natural, mas um movimento completamente relacionado com as raízes históricas, culturais, dogmáticas e políticas do país. Também evidencia como a diferente estrutura dos direitos fundamentais é capaz de alterar o entendimento sobre a ponderação ou não de direitos.

4.3 A Proporcionalidade em Outros Países

Como dito anteriormente, a proporcionalidade se espalhou pelo mundo. É possível captar algumas tendências que explicam a evolução do princípio nos países. Assim, na Itália e na França o princípio esteve muito mais relacionado com uma ideia de desvio de poder e, por isso, só recentemente começou a assumir a estrutura germânica. Países como Espanha e Portugal sofreram diretamente os influxos do direito constitucional alemão no processo de constitucionalização e, com isso, importaram mais facilmente a proporcionalidade.

²³⁹ Tradução livre da autora. SUPREMA CORTE. **District of Columbia et al v. Heller**. 554 U.S 570. 2008. Voto dissidente. No original: “I would simply adopt such an interest-balancing inquiry explicitly. The fact that important interests lie on both sides of the constitutional equation suggests that review of gun-control regulation is not a context in which a court should effectively presume either constitutionality (as in rational-basis review) or unconstitutionality (as in strict scrutiny). Rather, “where a law significantly implicates competing constitutionally protected interests in complex ways,” the Court generally asks whether the statute burdens a protected interest in a way or to an extent that is out of proportion to the statute’s salutary effects upon other important governmental interests. [...] Any answer would take account both of the statute’s effects upon the competing interests and the existence of any clearly superior less restrictive alternative. [...] Contrary to the majority’s unsupported suggestion that this sort of “proportionality” approach is unprecedented, [...] the Court has applied it in various constitutional contexts, including election-law cases, speech cases, and due process cases. [...]”

Finalmente, o exemplo canadense mostra a adoção da proporcionalidade por um país ligado à tradição anglo-saxã.

Na Itália, na França, e nos países latinos da Europa apenas recentemente se desenvolveu o princípio da proporcionalidade na sua feição alemã, tendo por mola propulsora a influência do sistema europeu de direitos humanos nesses países.²⁴⁰ Isso não significa que não conheçam nenhuma manifestação do princípio da proporcionalidade, mas sim que ele ficou restrito ao campo do direito administrativo.

Na França, desde a Revolução Francesa o princípio da legalidade foi bastante desenvolvido, como uma forma de limitação do monarca e da administração estatal. Esse desenvolvimento conduziu à doutrina do “desvio de poder administrativo” (*détournement du pouvoir*), segundo a qual “a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou”.²⁴¹

Assim como ocorreu na Alemanha durante o séc. XIX, os tribunais administrativos franceses se notabilizaram por exercer “um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, evitando possa a administração, sob o manto da legalidade, tornar-se arbitrária”.²⁴²

A Itália também conhece a proporcionalidade na seara do direito administrativo²⁴³. No entanto, a influência das decisões de tribunais internacionais, especialmente da Corte Europeia de Direitos Humanos, levou a proporcionalidade também para o âmbito constitucional. Conforme explica Suzana Barros, “até a criação da Comunidade Européia, o direito constitucional italiano não tinha ido além da formulação de uma teoria de excesso de Poder Legislativo baseada no desvio da finalidade, influenciado pela doutrina do *détournement du pouvoir*”.²⁴⁴

²⁴⁰ GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 78.

²⁴¹ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 228.

²⁴² BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 43.

²⁴³ GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 79.

²⁴⁴ BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 51.

Na Espanha, observa-se uma grande influência do constitucionalismo alemão e da disciplina de direitos fundamentais.²⁴⁵ Assim como na Itália e na França, assume-se que o Tribunal Constitucional espanhol incorporou o teste a partir da jurisprudência dos tribunais supranacionais europeus.²⁴⁶ Há quem sustente essa recepção na construção principiológica dos direitos fundamentais na Constituição espanhola,²⁴⁷ mas também quem considere que o desenvolvimento jurisprudencial poderia ser diferente, aproximando-se da construção de outros países, como os próprios EUA.²⁴⁸

Em suas primeiras manifestações, o Tribunal Constitucional espanhol equiparava os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, exigindo a “necessidade de justificação suficiente para qualquer norma, medida ou ato que, ao impor restrições ou encargos, ou ao causar algum prejuízo, resultava suspeito de ter incorrido em arbitrariedade, excesso e, conseqüentemente, inconstitucionalidade”.²⁴⁹ A possibilidade de limitar os direitos fundamentais foi amparada no art. 53 (1) da Constituição espanhola, no que dispõe:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

A proporcionalidade e a razoabilidade foram fundamentadas em diversos princípios da Constituição espanhola, como do Estado de Direito, justiça, vedação da arbitrariedade e dignidade da pessoa humana.²⁵⁰

²⁴⁵ BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 54.

²⁴⁶ TRÍAS, E. R.; RUIZ, M. A. A. **Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013, p. 4.

²⁴⁷ BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, Maio/Agosto 2000, p. 42.

²⁴⁸ TRÍAS, E. R.; RUIZ, M. A. A. **Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013, p. 4-5 e 7. As autoras, inclusive, afirmam que a Constituição espanhola não possui um fundamento explícito para a aplicação da proporcionalidade: “*A diferencia de lo que sucede en otras constituciones más recientes, la española no contiene una llamada a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad como guía y parámetro general de la actuación de los poderes públicos*” (*Ibidem*, p. 6).

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 6-8.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 8.

Entre 1981 e 1995, segundo Carlos Bernal Pulido, o Tribunal Constitucional aplicou a proporcionalidade atribuindo-lhe diversas naturezas jurídicas diferentes (critério, fator, regra, exame), mas não abandonou a teoria absoluta dos direitos fundamentais, o que geraria as incompatibilidades já verificadas no capítulo 3 (3.1).²⁵¹ A partir da segunda metade da década de 90, porém, a Corte procurou sistematizar o princípio da proporcionalidade, adotando a sua feição germânica com os três subprincípios. Apontam-se a STC 66/1995, a STC 55/1996, a STC 207/1996, a STC 161/1997 e a STC 136/1999 como precedentes dessa tentativa.²⁵² Pulido atribui à STC 66/1995 o pioneirismo na adoção da teoria dos princípios no país.²⁵³

Categorias que já eram utilizadas, como razoabilidade e ponderações, foram associadas aos testes de adequação e proporcionalidade em sentido estrito, e outras categorias foram desenvolvidas.²⁵⁴ Ao contrário do que se verifica em muitos julgados do STF, consignou-se que a proporcionalidade não era um fundamento autônomo para a impugnação, mas um critério de interpretação sobre a afetação a preceitos constitucionais.²⁵⁵ Conforme explica Pulido, o Tribunal considerou que “nenhum direito fundamental é absoluto” e que “cada sentença da jurisdição ordinária que deva resolver uma colisão entre direitos fundamentais leve a cabo uma ponderação”.²⁵⁶

Algumas questões ainda permanecem indefinidas na jurisprudência espanhola e demonstram a diversidade de possibilidades que existem para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. É assim que se discute a quem incumbe o ônus de provar que o fim é adequado (ao impetrante, ao legislador ou ao tribunal, de ofício), qual a natureza do fim (se

²⁵¹ PULIDO, C. B. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? **Doxa – Cadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007, p. 276.

²⁵² TRÍAS, E. R.; RUIZ, M. A. A. **Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013, p. 13.

²⁵³ PULIDO, C. B. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? **Doxa – Cadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007, p. 277.

²⁵⁴ TRÍAS, E. R.; RUIZ, M. A. A. **Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013, p. 10.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 11.

²⁵⁶ PULIDO, C. B. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? **Doxa – Cadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007, p. 277.

ele deve ser constitucional, constitucionalmente relevante ou constitucionalmente legítimo) e se a proporcionalidade em sentido estrito deve possuir um papel destacado ou não.²⁵⁷

Em Portugal, a proporcionalidade encontra amparo expresso na Constituição de 1976, após a Revisão de 1982. É o art. 18 (2): “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, *devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. Em 1989, nova revisão incluiu expressamente o princípio da proporcionalidade nas disposições que cuidam de estado de sítio [art. 19 (4)) e princípios da administração (art. 266, (2)].²⁵⁸

Segundo Machete e Violante, o Tribunal Constitucional português considera que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, correspondente à vedação de excesso de poder, não se resume apenas ao controle de restrição de direitos, mas se aplica ao exercício do poder estatal em geral (Acórdãos nº 73/2009 e 387/2012).²⁵⁹ Também se aplica tanto à administração, como à jurisdição e à legislatura (Acórdãos nº 484/2000 e nº 187/2001). Ele segue basicamente os três testes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, aplicados em diversos precedentes mencionados pelos autores portugueses.²⁶⁰

A adequação é vista como a aptidão da lei em aproximar a situação de fato da situação ideal pretendida. A necessidade é a escolha do meio idôneo com “menos custos para os interesses prejudicados com a realização do fim público prosseguido”. A proporcionalidade em sentido estrito, finalmente, é uma relação de custo e benefício da medida adotada.²⁶¹

No acórdão nº 632/2008, o Tribunal Constitucional fez algumas precisões acerca desses testes. Tratava-se de questionamento sobre a constitucionalidade de lei trabalhista que estendia o prazo do período de experiência nos contratos de trabalho por tempo indeterminado. Sustentou-se que ela violava direitos por tornar mais precária a situação do empregado.

²⁵⁷ TRÍAS, E. R.; RUIZ, M. A. A. **Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudência Constitucional Española**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha, 2013, p. 16.

²⁵⁸ MACHETE, P.; VIOLANTE, T. **O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal. Roma: Tribunal Constitucional de Portugal, 2013, p. 10-11.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 12-13.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 17.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 18-23.

No julgado, a Corte teceu considerações sobre diversos aspectos da proporcionalidade. Em relação ao terceiro teste, da proporcionalidade em sentido estrito, afirmou que:

O que aqui se mede, na verdade, é a relação concretamente existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar. Ou, como se disse, ainda, no Acórdão n.º 187/2001, «[t]rata -se [...] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação ‘calibrada’ — de justa medida — com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos das medidas possíveis».²⁶²

Observa-se que o acórdão não tratou do teste como visto anteriormente, em termos de satisfação de um princípio e grau de interferência no outro. Utilizou-se da ideia de grau de restrição em comparação com o ganho em interesse público. A crítica que se pode fazer a esse raciocínio é que ele deixa de lado grande parte da fórmula do peso, tal como preconizada por Alexy, e passa a ser um cálculo utilitarista de custo e benefício, segundo o qual a relação entre um e outro deve ser uma relação proporcional. O problema dessa abordagem é que o último teste deixa de ter uma base em valores diferentes (valores que subjazem à atribuição dos graus de interferência e satisfação) para tornar-se um teste quase económico.

O Tribunal Constitucional português também tece considerações sobre a estruturação por etapas da técnica:

A segunda precisão a acrescentar é relativa à ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstracto perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o teste da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio típico, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se não concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno.²⁶³

²⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. **Acórdão n.º 632/2008**. Declara a inconstitucionalidade do art. 112 (1) do Código de Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia da República. Julgado em 23/12/2008. 2008, p. 167.

²⁶³ *Ibidem*.

Em seguida, considera que o exame da necessidade é aquele que mais se aproxima das condições fáticas que formam o plano de fundo do conflito entre os direitos:

É este um exame mais «fino» ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência — ou inexistência — , na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, in casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu — o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto necessárias ou exigíveis — , fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último teste de proporcionalidade.²⁶⁴

Por fim, o Tribunal ainda expressa certa autocontenção, ao considerar que apenas em casos de manifesto descumprimento das finalidades constitucionais é que o trabalho do Legislativo poderá ser fulminado:

A terceira precisão a acrescentar relaciona-se com a particular dimensão que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua acepção ampla), quando aplicado às decisões do legislador. Afirmou-se atrás que o princípio em causa vale, em Estado de direito, para as acções de todos os poderes públicos. Quer isto dizer que ele se aplicará tanto aos actos da função administrativa quanto aos actos da função legislativa, pois que, em qualquer caso, não pode o Estado (actuando através dos seus diferentes poderes) empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não «proporcionais» face aos fins que pretende prosseguir. Certo é, porém, que o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela liberdade que tem para, no quadro da Constituição, eleger as finalidades que hão - de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em liberdade de conformação do legislador. Daqui decorre que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade, se há de estribar sempre — como se disse no Acórdão n.º 187/2001 — em manifesto incumprimento, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso.²⁶⁵

Ao final, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade da medida ao não passar pelo teste da necessidade, nos seguintes termos:

²⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. **Acórdão n.º 632/2008**. Declara a inconstitucionalidade do art. 112 (1) do Código de Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto n.º 255/X da Assembleia da República. Julgado em 23/12/2008. 2008, p. 167.

²⁶⁵ *Ibidem*.

Ora, in casu, nenhum elemento existe, nos antecedentes legislativos, que permita, por um lado, identificar uma insuficiência manifesta dos prazos actualmente em vigor e, por outro, uma justificação para o alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho dos trabalhadores indiferenciados.²⁶⁶

Conclui Suzana Barros que, em Portugal, “a *proporcionalidade* aparece sob a prescrição de que só se admitirão leis restritivas de direitos se necessárias e na justa medida, vedado, em qualquer caso, o aniquilamento de outro direito protegido” e o poder de conformação do legislador “é limitado à proteção do núcleo essencial dos direitos e garantias assegurados”.²⁶⁷

No Canadá, o princípio da proporcionalidade na sua formulação alemã foi introduzido por meio da decisão no caso *Oates*. Desde então, nas últimas duas décadas o modelo continental de decisão judicial esteve cada vez mais presente nos julgados da Suprema Corte canadense. Cohen-Eliya e Porat explicam que na década de 90, “a análise de proporcionalidade se tornou quase sinónimo de análise constitucional no Canadá, tornando-se a doutrina mais importante no direito constitucional canadense”.²⁶⁸

No caso *Keegstra*, a Corte fixou o multiculturalismo como parâmetro valorativo para a proporcionalidade, à semelhança da dignidade da pessoa humana na Alemanha²⁶⁹. Essa argumentação foi novamente apresentada no caso da *Secessão do Quebec*, envolvendo o desejo de secessão da população francófona da província do Quebec em relação ao resto do país, de origem anglo-saxã. O resultado do balanceamento “estava ligado a valores de moderação e compromisso associados com um balanceamento intrínseco” e o resultado do julgamento foi a imposição de um “dever positivo de ambos os lados para negociar de boa-fé os termos da secessão”.²⁷⁰

A proporcionalidade canadense possui algumas diferenças em relação ao método alemão. A primeira dessas diferenças é a definição sobre qual é o fim almejado pela lei. Enquanto na Alemanha esse fim deve ser legítimo no sentido de não ser proibido pela

²⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. **Acórdão nº 632/2008**. Declara a inconstitucionalidade do art. 112 (1) do Código de Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto nº 255/X da Assembleia da República. Julgado em 23/12/2008. 2008, p. 167.

²⁶⁷ BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 56.

²⁶⁸ COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, 2009, p. 410-411.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 411.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 412.

Constituição, no Canadá o fim deve ser de “suficiente importância” ou de “preocupação substancial”.²⁷¹

A segunda diferença é de relevância do segundo teste: no Canadá, muitas leis falham no teste da necessidade. Isso ocorre porque o teste canadense é muito mais exigente em dois aspectos. Primeiro, ele impõe ao governo um ônus de argumentação muito maior ao determinar que ele apresente evidências “cogentes e persuasivas” da relação entre meios e fins. Com base nessa demonstração, ele ressalta um segundo aspecto: a análise da existência de outros meios tão eficazes quanto e a mitigação dos problemas relacionados aos prognósticos do legislador.²⁷²

Finalmente, em relação à proporcionalidade em sentido estrito há as maiores diferenças. No Canadá, exige-se que haja proporcionalidade entre os efeitos positivos da medida e os seus efeitos deletérios aos direitos restringidos. Dieter Grimm critica essa opção, ao falar que a Suprema Corte canadense procura se eximir de um exame valorativo no terceiro teste, mas tendo deslocado essa discussão para a apreciação da necessidade da medida. O autor chega à conclusão de que:

[...] o efeito disciplinador e racionalizador, que é a vantagem significativa do uso do teste da proporcionalidade sobre o mero teste da razoabilidade ou um balanceamento mais ou menos livre, como em muitos casos nos EUA, é reduzido quando os quatro estágios não estão claramente separados. Cada etapa exige certa valoração cuidadosa. O próximo passo só pode ser dado se a lei que está sendo desafiada não falhou no passo anterior. Uma confusão de etapas cria o perigo de que elementos entrem na operação de uma maneira incontrolável e tornem o resultado mais arbitrário e menos previsível.²⁷³

Essa breve análise comparada demonstra que diferentes construções das etapas da proporcionalidade podem gerar resultados e construções diferentes sobre o mesmo princípio, o que será relevante para avaliar o princípio da proporcionalidade no Brasil. Também demonstra como as origens podem ser diferentes, mas que a adoção da proporcionalidade é uma tendência global decorrente não apenas da existência de problemas comuns às jurisdições constitucionais, mas também da própria adoção de uma linguagem comum, como mostrado no exemplo norte americano.

²⁷¹ GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, n. 57, 2007, p. 388.

²⁷² *Ibidem*, p. 390-391.

²⁷³ *Ibidem*, p. 397.

5 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): ANÁLISE DE ALGUNS CASOS

Antes de se proceder a uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é necessária uma conclusão parcial de tudo o que foi exposto. Os capítulos anteriores permitem a elaboração de um quadro dentro do qual se poderá analisar a argumentação dos juízes nos casos selecionados para o estudo. Ele pode ser resumido da seguinte forma:

1) *A proporcionalidade será influenciada pela maneira como a qual o ministro considera os direitos ou interesses envolvidos no julgamento:* verificou-se que a proporcionalidade enquanto princípio específico, segundo a doutrina de Alexy, está necessariamente vinculada à concepção dos direitos como princípios. O conflito entre princípios determina a necessidade de harmonização e conciliação deles, de acordo com o caso concreto. A existência de um suporte fático amplo e de restrições a esse suporte é o que embasa a conclusão. Na construção com base em regras, é possível se falar em proporcionalidade, mas ela assume outro sentido. Pode se referir tanto a uma evidenciação de que a lei não é apta para atingir a finalidade – o que, nos EUA, evidencia que o fim da lei é diferente do que o legislador manifesta –, como a um afastamento excepcional da regra em casos injustos, como a uma aplicação residual da última etapa da proporcionalidade (balanceamento).

2) *A proporcionalidade será influenciada pelas situações às quais o julgador a considera aplicável:* verificou-se que a proporcionalidade é entendida por Alexy como uma regra e por Ávila como um postulado normativo aplicativo. Tanto em um como em outro entendimento, há situações nas quais ela pode e outras nas quais não pode ser aplicada. Torna-se importante distingui-la de outros instrumentos, que podem confundir essa aplicação. É o caso da razoabilidade, que possui origens e uma estrutura diferente.

3) *A proporcionalidade será influenciada pela maneira como a qual o ministro considera a sua estrutura:* verificou-se que a proporcionalidade alemã, embora muito difundida, não apresenta a mesma estrutura na literatura nem na jurisprudência das cortes. Ela pode ter dois, três ou quatro testes.²⁷⁴ Ela pode dar mais destaque à adequação, à necessidade ou à proporcionalidade em sentido estrito. Ela pode ter testes mais rígidos ou mais flexíveis,

²⁷⁴ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 35.

mais ou menos favoráveis ao legislador. É possível exigir uma adequação “comprovada” da medida restritiva ou cogitar apenas da possibilidade de que ela contribua para um fim; é possível exigir uma necessidade mais reforçada da medida que demonstre efetivamente não haver medida menos onerosa; é possível, enfim, fazer um balanceamento que confira maior peso abstrato para determinados princípios em detrimento de outros. Em comum a todas as propostas, porém, a exigência de que os testes sejam realizados numa forma ordenada.

4) *A proporcionalidade será influenciada pelos valores defendidos pelo intérprete:* verificou-se que a proporcionalidade é um método de aplicação racional do direito, porque ela é capaz de apresentar uma justificação interna sólida, na qual as premissas são capazes de fundamentar a conclusão. Isso não exclui, porém, a argumentação moral, a justificação externa das premissas. Dessa forma, a aplicação da proporcionalidade será influenciada pelo modo como os juízes enxergam os valores que servirão de referência para a comparação. Essa é uma das explicações pelas quais dois juízes podem chegar a resultados opostos por meio do mesmo método, considerando que ambos o aplicaram corretamente. Um deles pode atribuir um peso maior para uma interferência porque acredita que ela interfere mais no princípio em relação ao valor de referência; o outro pode atribuir um peso menor para a interferência porque acredita que ela promove mais o princípio em relação ao valor de referência.

Essas quatro conclusões levam às perguntas que devem nortear a análise da proporcionalidade nos casos do STF selecionados para estudo. Elas são as seguintes: 1) quais os direitos envolvidos e como eles são vistos (regras ou princípios, com suporte fático amplo ou com suporte fático restrito, limitáveis ou ilimitáveis)? 2) qual o instrumento manejado e a hipótese de aplicação? 3) como é vista a estrutura da proporcionalidade? 4) quais os valores subjacentes ao julgador nas considerações que ele faz ao aplicar a proporcionalidade?

Nem sempre os acórdãos trazem respostas para todas essas questões. Os problemas serão apontados sempre que essa ausência comprometer a racionalidade (justificação interna) da decisão.

5.1 Considerações Metodológicas

Os casos apresentados neste capítulo não representam toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na qual se menciona o princípio da proporcionalidade.²⁷⁵ Optou-se por fazer uma análise de casos relevantes, visto que neles se espera que os ministros procurem fundamentar mais exaustivamente suas conclusões. Procedeu-se, assim, a uma primeira seleção no campo de busca de jurisprudência, no *site* do tribunal, com a palavra “proporcionalidade”, com restrição de julgamentos em plenário. O resultado foi de 280 acórdãos. Com base nos Relatórios de Atividade do STF, na parte de “Julgamentos Relevantes” ou “Julgamentos que marcaram” o ano, confrontaram-se os casos que a própria corte considerou importantes com os acórdãos selecionados pela pesquisa. Restringiu-se a verificação ao período em que essa seção constou nos relatórios, entre 2008 e 2013.²⁷⁶

A seguir, são analisadas cinco decisões: (1) sobre o projeto de lei que restringia a participação dos partidos recém-criados no fundo partidário e no tempo de exposição em TV e rádio (MS 32.033, *Caso do partido REDE*); (2) sobre a obrigação de votação com documento com foto (ADI-MC 4467, *Caso do documento para votação*); (3) sobre a constitucionalidade ou não da Lei de Imprensa (ADPF 130, *Caso da Lei de Imprensa*).

O objetivo não é discutir como a jurisprudência do STF vem tratando o princípio, o que será feito brevemente no próximo tópico, mas verificar como as conclusões mencionadas anteriormente se expressam nos três casos. A proposta se aproxima daquela apresentada por Bruno Pereira Ramos, de verificar a coerência no uso da proporcionalidade, alargando a análise para os pressupostos que subsidiam o uso.²⁷⁷

²⁷⁵ Para um estudo no qual essa análise é proposta, cf. MORAIS, F. S. D. **Hermenêutica e Pretensão de Correção**: Uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. (Tese) Doutorado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Bruno Ramos Pereira também se propõe a analisar a proporcionalidade na jurisprudência do STF, embora faça a opção de se deter nos votos do Min. Gilmar Mendes. Cf. PEREIRA, B. R. **O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

²⁷⁶ A pesquisa foi feita em 05 de abril de 2014. O confronto com os relatórios resultou nos seguintes acórdãos: 1) para o ano de 2013, ADI 2588, ADI 4425, AP 470, ARE 638195, MS 32033, Pet 3388-ED, RE 567985, RE 589998; 2) para o ano de 2012, AP 470, ADI 4430, ADC 29, ADC 30, ADI 4578, ADPF 54, HC 104339, HC 111840, RE 597285; 3) para o ano de 2011, HC 106212 e MS 30260; 4) para o ano de 2010, RE 630147, ADI-MC 4467, HC 97256 e RE 389808; 5) para o ano de 2009, Pet 3388, ADPF 130, RE 511961, HC 84078, ADI 3934, ADI 1194, ADPF 101 e RE 576189; 6) para o ano de 2008, ADI 3510 e ADI-MC 4167.

²⁷⁷ Segundo o autor, o conceito de coerência pressupõe que “cada ministro deveria, antes de utilizar a proporcionalidade, explicar ou fazer referência ao seu conceito de proporcionalidade, explicar por que o conceito pode ser utilizado no caso concreto e, ao final, aplicar o conceito ao caso concreto (*coerência no voto*). A

5.2 Breves Anotações sobre a Jurisprudência do STF e o Princípio da Proporcionalidade

O Supremo Tribunal Federal é o principal órgão responsável pela defesa da Constituição no sistema brasileiro. Ele também controla os excessos do legislador. Marcelo Figueiredo explica que:

O Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem coadornado os abusos do legislador, ora invocando o princípio do ‘desvio de poder legislativo’, ora o princípio da proporcionalidade, ora o princípio da razoabilidade, ora o princípio da igualdade, ora o princípio do devido processo legal e, mais recentemente o princípio da moralidade administrativa.²⁷⁸

Em relação à técnica que interessa mais detidamente à presente dissertação, há uma divergência sobre a primeira manifestação do princípio da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal. Essa divergência decorre dos diferentes significados atribuídos ao princípio nos julgados que o citam.²⁷⁹ Gilmar Mendes aponta o RE 18.331, de 1953, como a primeira referência da jurisprudência do STF à proporcionalidade de uma medida.²⁸⁰ Tratava-se de uma discussão tributária e, como visto também na origem do princípio em alguns países, foi associada ao desvio de poder (*détournement de pouvoir*). Por isso, Humberto Ávila considerou como uma manifestação de uma concepção material do excesso de poder, ou seja,

finalidade dessas etapas seria possibilitar que o argumento do ministro fosse estruturado de modo claro e aberto, permitindo que os leitores de seus votos tivessem acesso ao seu raciocínio. Desse modo, o raciocínio desenvolvido em um caso poderia ser comparado com o raciocínio desenvolvido em outro caso” e “se o ministro usar proporcionalidade em mais de um sentido em diferentes casos, deveria justificar em cada caso por que utilizou um sentido e não o outro sentido que também já entendeu possível (*coerência do ministro*)” (PEREIRA, B. R. **O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 25). Em outras palavras, o que tanto o autor como esta monografia procuram é reforçar a necessidade de que a argumentação seja coerente e passível de controle. Como explica Luís Roberto Barroso, o intérprete aplicador do direito deve respeitar também as categorias normativas formuladas pela dogmática para que sua decisão conte com legitimidade pela argumentação (**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 341-342).

²⁷⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118.

²⁷⁹ ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, julho 2001, p. 3.

²⁸⁰ MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB Jurisprudência**, n. 12, Julho 2000, p. 370.

uma apreciação unicamente da restrição excessiva ou não dos direitos envolvidos na lei – equivalente à proporcionalidade em sentido estrito, tão somente.²⁸¹

Gilmar Mendes se refere à Representação nº 1.077, de 28 de março de 1984, como “um dos mais inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade*”.²⁸² Tratava-se de um caso no qual a taxa judiciária fora fixada por lei de acordo com o valor real do pedido sem um limite máximo, o que poderia gerar situações de excessiva onerosidade para o contribuinte. Novamente, verifica-se que não se trata de manifestação do sentido alemão de proporcionalidade, mas de uma aplicação do princípio da equivalência no Direito Tributário, novamente semelhante à proporcionalidade em sentido estrito.²⁸³

Há exemplos de julgamentos nos quais a proporcionalidade é vista como razoabilidade e julgamentos que indicam o devido processo legal substantivo como fundamento para um princípio autônomo da proporcionalidade que pode servir como parâmetro de constitucionalidade.²⁸⁴ De qualquer forma, conforme constatou Bruno Ramos Pereira, não há nenhuma manifestação entre 1953 e 1988 que se aproxime do modelo alemão de proporcionalidade em suas três etapas.²⁸⁵ Assim, é difícil traçar um histórico preciso do princípio da proporcionalidade *lato sensu*, visto que ora ela é usada como um teste de razoabilidade da medida, ora como teste de adequação e/ou necessidade, ora como mero teste de proporcionalidade em sentido estrito entre duas grandezas.

Essa primeira menção é normalmente atribuída ao julgamento na ADI-MC 855/PR, referente a uma lei paranaense que determinou a pesagem obrigatória na frente dos consumidores dos botijões de gás a eles vendidos.²⁸⁶ No entanto, a análise do caso revela que, embora tenha sido mencionada de fato uma violação ao “princípio da proporcionalidade”, ela é feita para se referir ao argumento da requerente de que a lei seria desarrazoada. Autores já

²⁸¹ ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, julho 2001, p. 32.

²⁸² MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB Jurisprudência**, n. 12, Julho 2000, p. 368.

²⁸³ ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, julho 2001, p. 3.

²⁸⁴ MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB Jurisprudência**, n. 12, Julho 2000, p. 366-367.

²⁸⁵ PEREIRA, B. R. **O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 16.

²⁸⁶ Virgílio Afonso da Silva considera um exagero classificar essa decisão como *leading case* em matéria de proporcionalidade, uma vez que não há a aplicação tradicional do princípio, com seus testes, mas apenas um juízo que se aproxima da razoabilidade (SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 37, nota 54).

demonstraram que a decisão não desenvolveu conceitos importantes, como os testes de adequação e necessidade, não explorando todas as possibilidades que o caso oferecia.²⁸⁷

A lista de acórdãos posteriores que mencionam a “proporcionalidade” é extensa.²⁸⁸ Importa notar que dentro dessa visão global, há uma proeminência de determinados ministros em seu uso. O principal deles, sem dúvidas, é o Min. Gilmar Mendes, que também incorpora a proporcionalidade em suas lições doutrinárias.²⁸⁹ No entanto, não há grandes exemplos de interação entre os ministros acerca da proporcionalidade, que, como visto anteriormente, procura justamente conferir maior transparência e maior controle ao raciocínio que subjaz a decisão judicial.²⁹⁰ Isso significa que os ministros usam a proporcionalidade sem maiores contestações pelos pares, o que definitivamente fragiliza a própria racionalidade do instituto, reforçando as críticas contra a sua subjetividade.

Em razão das insuficiências apontadas, a jurisprudência do STF recebe toda a sorte de críticas. Diz-se que “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático” e “o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la”.²⁹¹ Ou então que “em muitos votos a aplicação da proporcionalidade ocorria de maneira insuficiente, seja porque o desenvolvimento do raciocínio não ocorria de forma concreta, ou porque não eram adequadamente justificadas todas as suas passagens”.²⁹²

Virgílio Afonso da Silva desenvolve o argumento numa crítica mais ampla, ao considerar que “ainda que o STF se refira freqüentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade”, concluindo que “pode-se dizer que na jurisprudência do STF não se

²⁸⁷ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 37-41; CAMARGO, M. O. **Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Monografia de conclusão de curso. Escola de Formação na Sociedade Brasileira de Direito Público. Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2005, p. 17-25.

²⁸⁸ MORAIS, F. S. D. **Hermenêutica e Pretensão de Correção**: Uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. (Tese) Doutorado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013; P PEREIRA, B. R. **O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 17-21.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 32; 34-41.

²⁹⁰ PEREIRA, B. R. **O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 76.

²⁹¹ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 31.

²⁹² CAMARGO, M. O. **Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. Monografia de conclusão de curso. Escola de Formação na Sociedade Brasileira de Direito Público. Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2005, p. 75.

encontram maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a regra da proporcionalidade no Brasil”.²⁹³

De fato, afirmar que uma lei não é razoável não significa o mesmo que dizer que uma lei não é adequada, e, com mais razão, não significa dizer o mesmo que a lei não passa pelos testes do princípio da proporcionalidade.²⁹⁴ A seguir, será analisada a influência dessas distinções em três casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos cinco anos.

5.3 Análise de Casos

5.3.1 Caso do Partido Rede: o Mandado de Segurança (MS) 32.033

Depois da decisão do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, determinando que os mandatos pertencem aos partidos (princípio da fidelidade partidária), ficou a cargo do Tribunal Superior Eleitoral estabelecer exceções nas quais o parlamentar infiel não perderia o mandato por mudar de partido. Ele o fez por meio da Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, que permitiu a mudança, dentre outros, nos casos de incorporação, fusão ou criação de partido (art. 1º, § 1º, I e II).

Em virtude dos meandros da lógica política, os parlamentares vislumbraram a possibilidade de aproveitar a criação de novos partidos como um meio para seus projetos políticos pessoais – geralmente para sair da oposição ou de partidos em que perderam espaço para novos partidos que poderiam receber benesses governamentais. Foi o mote para a criação de partidos como o Partido Republicano da Ordem Social (PROS), em 2010, o Partido Social Democrático (PSD), em 2011, e o Solidariedade (SDD), em 2013.

²⁹³ SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 33.

²⁹⁴ Segundo Leonardo Martins, “O controle de razoabilidade é premissa por demais óbvia do Estado de direito. O controle muito mais apurado da adequação da medida não se confunde com ele, mas sim o absorve por completo, uma vez que medida não razoável jamais poderá ser considerada adequada. Do lado oposto, medidas razoáveis podem revelar-se, depois de realizado o exame de adequação tal qual aqui proposto, inadequadas ao alcance do propósito almejado. A razoabilidade da medida não significa, portanto, a sua suficiência em face do escopo perseguido” (Proporcionalidade como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 3, n. 5, Julho/Dezembro 2003, p. 33).

Esse movimento político suscitou um grave problema em relação ao tempo de transmissão gratuita em rádio e TV (direito de antena). Isso porque, segundo o art. 47, § 2º, II, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 2007 (Lei das Eleições), dois terços desse tempo seria distribuído conforme a representação parlamentar do partido na Câmara dos Deputados no início da legislatura. Novos partidos, criados durante esse período, poderiam ficar sem tempo de propaganda em razão da letra da lei.

Levada a questão ao STF, decidiu-se, na ADI 4430/DF, dar interpretação conforme ao dispositivo para “para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação”.

Em resposta, foi apresentado o projeto de lei PL nº 4.470/2012, na Câmara dos Deputados, que acrescentava o § 7º ao art. 47 supramencionado, *in verbis*: “Para efeito do disposto no inciso II do § 2º, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995”. Em outras palavras, a lei superaria a decisão tomada pelo STF na ADI 4430/DF e consideraria apenas a distribuição parlamentar no início da legislatura para fins de tempo de propaganda gratuita.

O projeto veio a tramitar em regime de urgência no ano de 2013, sob a justificativa de que deveria ser aprovado antes do prazo necessário para a anterioridade das regras eleitorais. Parlamentares de oposição, no entanto, viram a manobra como uma forma de obstaculizar a participação dos novos partidos da oposição (REDE Sustentabilidade e Solidariedade) nas eleições presidenciais e estaduais de 2014, subtraindo-lhes o tempo de programa partidário. Rapidamente aprovado na Câmara dos Deputados, foi encaminhado para o Senado com a perspectiva de uma nova votação em curto espaço de tempo.

Em resposta, o Senador Rodrigo Rollemberg (PSB) ingressou com o Mandado de Segurança nº 32.033/DF, pleiteando liminar e, no mérito, a concessão

em definitivo, da ordem mandamental, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, para que referido projeto de lei seja definitivamente arquivado, considerando-se que sua mera tramitação, casuística e abusiva, além de se qualificar como causa de sensível perturbação institucional, ofende de morte os postulados básicos, centrais e fundantes da ordem

constitucional, tais como o pluripartidarismo, a igualdade entre agremiações partidárias, o direito à livre criação de partidos, elementos sem os quais resta substancialmente comprometida a própria sobrevivência de nosso sistema democrático.

O Min. Gilmar Mendes deferiu a liminar para suspender o trâmite do projeto de lei, em 24 de abril de 2013. Sustentou, em breve síntese, que a lei afigurava-se claramente casuística, objetivando afetar partidos específicos, que ficariam numa condição de inferioridade de condições em relação a outros partidos criados na mesma legislatura, violando os direitos constitucionais dos partidos políticos, como a igualdade de chances. Por vislumbrar violação a cláusula pétrea, aceitou realizar o controle de constitucionalidade prévio, não obstante se tratasse de projeto de lei, não de proposta de emenda constitucional.

Em 20 de junho do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do mandado de segurança, cassando a liminar e denegando a ordem, sendo redator para acórdão o Min. Teori Zavascki, sob a seguinte fundamentação:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.

3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material

de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

4. Mandado de segurança indeferido.

O julgamento foi caracterizado por uma grande repercussão midiática, política e social, que se revela em vários momentos. Houve fortes embates entre a corrente vencida (Min. Gilmar Mendes e Min. Dias Toffoli) e o restante do tribunal. A principal questão jurídica tratada pelo plenário foi quanto à admissão ou não de controle de constitucionalidade prévio de projetos de lei que violassem cláusulas pétreas da Constituição. Reafirmando a jurisprudência consolidada e restritiva da Corte, os ministros consideraram impossível o controle material de projetos de lei, mesmo que violassem cláusulas constitucionais imutáveis.

O princípio da proporcionalidade esteve longe de desempenhar um papel importante no MS 32.033/DF. Ele foi mencionado explicitamente cerca de três vezes num acórdão de mais de 300 páginas. Mesmo assim, como poderá ser visto a seguir, há considerações interessantes sobre a sua configuração.

5.3.1.1 O uso da proporcionalidade pela corrente vencedora

Os ministros que compuseram a corrente vencedora não chegaram a fazer um exame detido de mérito do projeto de lei, como o fizeram os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Em razão de não considerarem possível fazer controle de constitucionalidade preventivo, não chegaram a verificar a inconstitucionalidade da discriminação operada pelo projeto.

A Min. Rosa Weber, por exemplo, chegou a manifestar adesão à tese de fundo da ação, mas rechaçou expressamente a possibilidade de atingir essa etapa no julgamento:

[...] ouvi com a maior atenção, com até encantamento tudo o que foi dito e que eu assino com relação ao tema de fundo do voto do eminente Relator, mas eu não chego lá. O que eu discuto e o que eu trouxe a debate é a adequação do mandado de segurança para impedir o debate e a tramitação de um projeto de lei, quando não se aponta - e digo isso em reverência à

posição do Supremo Tribunal Federal -, quando não se aponta vício formal.²⁹⁵

No mesmo sentido, o Min. Luiz Fux, depois de afirmar que a questão jurídica envolvida era saber se havia um esvaziamento do conteúdo essencial do direito à livre criação de novos partidos políticos, ressaltou:

Ocorre que a pretensão veiculada neste writ possui uma questão prévia a ser enfrentada: consiste em saber se é legítimo e recomendável, à luz do desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988, em especial no tocante ao controle de constitucionalidade das leis, que o Supremo Tribunal Federal realize, em juízo preventivo, o exame da compatibilidade material de um Projeto de Lei com o texto da Constituição da República, notadamente as cognominadas cláusulas superconstitucionais (“cláusulas pétreas”).²⁹⁶

Houve menção ao “princípio da proporcionalidade” em passagem do autor português Jorge Miranda, citada pela Min. Cármen Lúcia, para demonstrar que não teria havido abuso ou desvio de poder do legislador no processamento do projeto de lei.²⁹⁷

Assim, a corrente majoritária não chegou a fazer uma análise de mérito do projeto de lei que pudesse suscitar a utilização do princípio da proporcionalidade. A discussão se resumiu à possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal pudesse ou não realizar controle de constitucionalidade preventivo de projetos de lei, com base em cláusulas-pétreas, tema que não precisa ser explorado neste trabalho.

5.3.1.2 O uso da proporcionalidade pela corrente vencida

O Min. Gilmar Mendes, relator, alertou que o projeto de lei impugnado possuía conteúdo inconstitucional, casuístico e violador dos direitos fundamentais. Dentre os direitos violados, mencionou a proporcionalidade como cláusula pétrea e componente do núcleo essencial da Constituição de 1988:

²⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº 32.033/DF**. Relator Min. Gilmar Mendes, Relator para acórdão Min. Teori Zavascki. j. 20/06/2013, p. 171.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 188, grifos no original.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 302.

Por essa razão, só se consegue perceber a inconstitucionalidade do PLC 14/2013 verificando-se o seu conteúdo e a circunstância que envolvia a sua deliberação, que revelou seu caráter casuístico, ofensivo a direitos fundamentais como a isonomia, a igualdade de chances, *a proporcionalidade*, a segurança jurídica e a liberdade de criação de legendas, *todos cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988*. Neste ponto, destaco que a Procuradoria-Geral da República, em sua manifestação, corroborou esse entendimento.²⁹⁸

Mais adiante, o Ministro afirmou que as interpretações das normas constitucionais feitas pelo legislador ao concretizá-las estavam sujeitas ao princípio da proporcionalidade, sob a óptica das prerrogativas dos partidos políticos e dos cidadãos como potenciais criadores de partidos políticos. Explicou que o princípio “exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais”.²⁹⁹

A argumentação do Min. Gilmar Mendes, porém, não se baseou no princípio da proporcionalidade. Pode-se dizer que não constitui *ratio decidendi* (razão de decidir), ou seja, não constitui uma premissa necessária para a conclusão de seu voto. Na verdade, essa afirmação pode ser corroborada por diversos trechos de seu voto, dentre os quais se destaca o seguinte:

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os partidos estabelecidos e os "newcomers", porquanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

É fácil de ver, assim, que toda e qualquer distorção no sistema de concorrência entre os partidos afeta de forma direta e frontal o princípio de isonomia, enquanto parâmetro e baldrame dos demais direitos e garantias.

Não se afirme, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia.³⁰⁰

O ponto essencial para a falta de destaque da proporcionalidade no voto do Ministro é justamente o caráter categórico que ele empresta para o princípio da isonomia, concretizado por meio do princípio da igualdade de chances. A sua fundamentação pode ser resumida da seguinte forma: os partidos políticos são essenciais para o sistema democrático, mas há uma tensão, na medida em que o Estado é controlado pelo partido no poder. Por isso, o Estado é

²⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 32.033/DF, p. 52-53, sem grifos no original.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 76.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 90.

obrigado a agir com neutralidade em relação aos partidos concorrentes, de forma a não impedir que eles possam participar com igualdade de chances no pleito eleitoral. Uma medida que procure cercear essa liberdade de concorrência e igualdade de chances viola o direito dos partidos políticos. O mesmo ocorre quando um partido é favorecido em detrimento de outros.

Ao assentar que “a violação ao princípio da igualdade de chances apresenta-se nítida”, o Ministro não apresentou outro valor ou bem jurídico tutelado pela Constituição que pudesse ser igualmente aplicável, de forma que não se configurou uma colisão de direitos.³⁰¹ O projeto de lei em questão afigurava-se casuístico e, portanto, denunciava a intenção discriminatória do legislador, em violação à isonomia.

Numa primeira aproximação do voto, portanto, a construção dos direitos feita pelo Ministro assume a feição de regras. Evidência disso é o fato de que, ao contrário de realizar um raciocínio de ponderação, o Ministro parece fazer um raciocínio subsuntivo: a situação concreta (premissa menor) configura uma violação ao princípio da isonomia (premissa maior), consubstanciado no princípio da igualdade de chances. Por mais que se dê o nome de “princípios” à isonomia e à igualdade de chances, bastou no voto a configuração do que eles sejam para que se chegasse a conclusão de que houve violação.

É possível, porém, conceder uma interpretação mais generosa ao voto. Pode-se dizer que, embora não tenha ficado explicitado, o processo de ponderação nem chegou a acontecer. A proporcionalidade nem chegou a ser aplicada nos três testes porque ficou evidenciado, logo de início, que o fim visado pelo legislador era ilegítimo. Não seria possível fazer teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se a própria lei era casuística e, portanto, o fim visado pelo legislador era completamente ilegítimo, independentemente do meio utilizado.

Essa segunda interpretação diverge do que o Ministro Gilmar Mendes explicou como sendo o princípio da proporcionalidade nos seus três testes (e não quatro). Contudo, ela é coerente com a ideia de que a medida, especialmente aquelas que causam uma espécie de desigualdade, deve possuir um fim legítimo, respaldado pelos valores constitucionais³⁰². A inexistência desse fim legítimo já afasta, de antemão, qualquer análise de proporcionalidade da restrição. Essa interpretação é reforçada pela seguinte consideração feita pelo Ministro:

³⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 32.033/DF, p. 94.

³⁰² BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 241-242.

[Na ADI 4430] o Supremo interpretou a Constituição para entender que o pluripartidarismo e a livre criação de legendas são direitos políticos fundamentais (cláusulas pétreas) que impedem a proibição da transferência, em conjunto com os parlamentares que deixarem suas legendas para criarem novas agremiações, de seus respectivos tempos de rádio e TV e cotas do Fundo partidário. E o PLC 14/2013 pretende dispor em sentido diametralmente oposto.³⁰³

Ao final, o Ministro Gilmar Mendes acentua que:

Nas presentes circunstâncias e ante a referida decisão desta Corte na ADI 4.430, a aprovação do PLC 14/2013 implicaria uma de duas alternativas, ambas ofensivas a direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988: (i) ou representaria *grave violação ao princípio da igualdade de chances*; ou (ii) significaria *ofensa frontal ao princípio da segurança jurídica*, considerado em sua acepção especial de proteção à confiança legítima. E até mesmo ambas.³⁰⁴

Dessa maneira, seria possível afirmar que, por não vislumbrar na técnica da proporcionalidade, uma estrutura de quatro testes, sendo o primeiro deles a verificação da legitimidade do fim da medida restritiva de direitos, o Ministro Gilmar Mendes não faz menção à proporcionalidade como principal motivo para sua decisão. Por conta disso, ele é obrigado a demonstrar como a finalidade da medida não se subsume ao direito à igualdade, tratando-o como uma regra.

O Min. Dias Toffoli, em sua manifestação, acompanhou a fundamentação do Min. Gilmar Mendes. No entanto, não mencionou e sequer utilizou o princípio da proporcionalidade como razão de decidir. Restringiu-se a indicar a violação à decisão tomada na ADI 4430/DF, como se o projeto de lei atuasse como rescisória do julgado.

5.3.1.3 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade no julgamento

Retomam-se as quatro afirmações feitas no início do capítulo para nortear a análise dos julgados: 1) *A proporcionalidade será influenciada pela maneira como a qual o ministro considera os direitos ou interesses envolvidos no julgamento*; 2) *A proporcionalidade será*

³⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 32.033/DF, p. 116.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 116, grifos nossos

influenciada pelas situações às quais o julgador a considera aplicável; 3) A proporcionalidade será influenciada pela maneira como a qual o ministro considera a sua estrutura; 4) A proporcionalidade será influenciada pelos valores defendidos pelo intérprete.

Em relação à primeira assertiva, o MS 32.033 não possibilitou uma discussão aprofundada a respeito da natureza dos direitos da isonomia e da igualdade de chance entre os partidos. No entanto, o modo como os ministros se referiram a eles indica a ideia de que, para eles, há uma construção principiológica dos direitos fundamentais. Essa conclusão decorre de uma análise semântica dos termos utilizados no julgamento, mas encontra algumas dificuldades de coerência com o julgamento. Em nenhum voto, principalmente no do Min. Gilmar Mendes, restou demonstrado o conflito entre direitos, inerente à sua configuração principiológica.

Um possível caminho nesse sentido chegou a ser esboçado no voto do Min. Gilmar Mendes, quando ele retratou a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Segundo aquela Corte, “tratamentos diferenciados a partidos políticos são aceitáveis apenas quando apresentarem forte e legítima justificativa para tanto”.³⁰⁵ Essa ideia poderia ser desenvolvida numa apreciação do choque entre os interesses públicos e os valores constitucionais promovidos pela lei (por exemplo, a otimização do funcionamento parlamentar, o fortalecimento do sistema partidário e do Parlamento, a prevalência dos partidos políticos já estabelecidos no cenário político nacional) e os direitos dos novos partidos políticos (por exemplo, a igualdade de chances). No entanto, essa consideração passou ao largo do debate na medida em que se fixou que a finalidade da lei era ilegítima.

Essa conclusão relaciona-se com a terceira assertiva, referente à estrutura da proporcionalidade. É certo que a única menção feita no julgamento sobre esse ponto reforçou a estrutura trifásica da proporcionalidade, com três testes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nenhum desses testes, porém, foi detalhado e sequer mencionado em todo o acórdão.

A leitura que melhor explica essa situação é a de que, para quem adentrou o mérito do projeto de lei, o fim buscado pelo legislador afigurou-se claramente discriminatório. A caracterização da lei como “casuística” teve o condão de afastar, desde o início, a legitimidade do fim buscado. Se o fim foi considerado ilegítimo, então não caberia qualquer

³⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 32.033/DF, p. 87.

teste de adequação e, por consequência, nenhum dos outros testes. O MS 32.033, então, reforça a afirmação de que a proporcionalidade pode ter estruturas diferentes e demonstra que os ministros devem ser mais explícitos em relação à operação que fazem.

Essa advertência conduz à segunda assertiva. A proporcionalidade foi caracterizada como um direito fundamental dos partidos políticos e, mais do que isso, como cláusula pétrea da Constituição. Desse modo, a proporcionalidade foi associada aos outros direitos tidos como violados (isonomia, pluripartidarismo, participação política) e não pode desempenhar um papel de parâmetro para colisão de direitos. Em verdade, não se apontou qualquer direito ou interesse que pudesse estar colidindo com esses direitos. Considerou-se, assim, o fim ilegítimo e a lei desproporcional porque casuística.

Finalmente, no tocante à última assertiva, verifica-se que foi concedido um peso quase absoluto à concorrência entre os partidos. Os votos que trataram do mérito do projeto de lei demonstraram o entendimento de que a liberdade de criação de partidos e de participação desses novos partidos com igualdade de chances no pleito eleitoral estão intrinsicamente relacionadas com o sistema democrático. Isso concedeu um peso para esses direitos que permitiu aos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli considerarem ilegítima a finalidade do projeto de lei.

Em síntese, embora a proporcionalidade *lato sensu* tenha sido mencionada no julgamento, no sentido germânico da técnica, ela desempenhou um papel coadjuvante. Prevaleceu um escrutínio da legitimidade dos fins da lei, num processo aplicativo parecido com a aplicação de direitos construídos como regras jurídicas. A corrente vencedora utilizou um argumento de competência para indeferir o pedido, enquanto a corrente vencida se fundamentou principalmente na ilegitimidade do fim, no casuismo da lei, camuflado que foi pelo discurso de que a lei moralizava a política. Aproximou-se, assim, do balanceamento como forma de elucidar uma finalidade ilícita, tal como praticado na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Ao final, portanto, tem-se o seguinte quadro:

Quadro 2: Análise do MS 32.033

<i>Questões</i>	<i>Corrente Vencedora</i>	<i>Corrente Vencida</i>
Os ministros consideraram os direitos como princípios?	Não houve	Sim
Os ministros consideraram haver conflito de princípios?	Não houve	Não
Os ministros consideraram aplicar um dos testes da proporcionalidade?	Não houve	Não
Os ministros explicitaram os valores subjacentes à decisão?	Não houve	Sim

Fonte: elaborado pela autora.

5.3.2 Caso do Documento para Votação: a Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) 4.467/DF

A ADI 4467/DF foi ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores contra o art. 91-A da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, acrescentado pela Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009, e contra o art. 47, § 1º, da Resolução do TSE nº 23.218, de 02 de março de 2010, no que estabeleciam a obrigatoriedade para o eleitor da exibição concomitante do título de eleitor e de documento de identidade com foto no momento da votação.³⁰⁶

A alegação da requerente foi no sentido de que mostrava-se “desnecessária, desarrazoada e desproporcional a obrigação imposta ao eleitor de portar dois documentos oficiais na eleição” e que “a exigência do documento válido de identificação com foto é medida suficiente para coibir possíveis fraudes” e “a necessidade do porte em conjunto de dois documentos diferentes é medida que só trará instabilidade”. Apontou como violados, dentre outros, os princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, “dado o cerceamento à liberdade de expressão política do cidadão que haveria no impedimento ao exercício do voto imposto àquele que esteja apenas portando sua carteira de identidade”.³⁰⁷ Ao final, requereu que fosse deferida liminar para cassar a interpretação que obrigava a apresentação de ambos os documentos, considerando constitucional a interpretação que exigia apenas a apresentação de documento com foto.

Em 30 de setembro de 2010, o Tribunal concedeu a liminar e fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, CAPUT, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO

³⁰⁶ Dispõem os dispositivos mencionados: “Art. 91-A. No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia. (...)” e “Art. 47. (...) § 1º Para votar, o eleitor deverá exibir o seu título de eleitor e apresentar documento oficial com foto que comprove sua identidade (Lei nº 9.504/1997, art. 91-A). (...)”.

³⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4467/DF**. Rel. Min. Ellen Gracie. j. 30/09/2010, p. 5.

DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA O DIA 3 DE OUTUBRO DE 2010.

1. A proximidade das eleições gerais de 3 de outubro de 2010 e a invulgar importância do tema enfrentado na presente ação direta, relativo ao livre exercício da cidadania pela expressão do voto, autorizam o procedimento de urgência previsto no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito.

2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto.

3. A apresentação do atual título de eleitor, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado. Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte.

4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto.

5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral.

6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto.

Como se percebe desde logo, no item 5 da ementa, houve menção ao “princípio constitucional da razoabilidade”. A distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, então, é um ponto sensível do julgado. A seguir, são analisadas as correntes vencedora e vencida.

5.3.2.1 O uso da proporcionalidade pela corrente vencedora

A Min. Ellen Gracie, relatora, iniciou seu voto apresentando o histórico da disciplina na matéria. Mostrou uma constante procura por meios que impedissem as fraudes nas eleições sem que os próprios eleitores ficassem prejudicados. As exigências de título de eleitor e/ou documento de identidade foram apresentadas como meios historicamente utilizados para comprovar que o eleitor que estava votando naquele momento era a mesma pessoa que constava nos documentos.³⁰⁸ O projeto que mais tarde viria a acrescentar o dispositivo impugnado tinha sido uma tentativa de coibir as fraudes, tendo sido aprovado por todos os líderes partidários, sem que tivesse havido discussões sobre a dupla exigência.

A Ministra considerou, então, que a grande novidade trazida pela lei havia sido justamente a exigência de documento de identidade com foto, pois ele seria o responsável por garantir o processo de reconhecimento dos eleitores. Somente esse documento seria exigível para a votação. O título de eleitor não poderia ser exigido sob pena de violação do *princípio da razoabilidade*, visto que importaria “exigência desmedida que se afasta da finalidade que a norma buscou alcançar”. O único desenvolvimento dessa ideia apresentado pela Ministra foi uma citação de passagem do Min. Celso de Mello, na ADI-MC 2667, segundo a qual “todos os atos do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade”, que configuraria padrão de controle de constitucionalidade.³⁰⁹ Mais adiante, a Ministra afirma que estava aplicando a doutrina da proporcionalidade em concreto.³¹⁰

Essa constatação foi desenvolvida pelos ministros que votaram com a relatora. Segundo o Min. Marco Aurélio, a norma caracterizaria uma violação desarrazoada do direito de cidadania:

Se levarmos a interpretação para o campo literal, tendo em conta o conectivo "e", título de eleitor e documento de identidade, realmente estabeleceremos que o eleitor, muito embora registrado no caderno eleitoral, na seção, ainda que se identifique e comprove que é ele mesmo, não poderá exercer esse direito-dever tão importante, ligado à cidadania, que é o de escolher os representantes. Mas não podemos partir para essa óptica, sob pena de

³⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 4467/DF, p. 10-11.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 17.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 82.

menosprezo à razoabilidade, sob pena de adentrarmos o campo da simples burocratização do exercício de escolher os representantes.³¹¹

O Min. Dias Toffoli desenvolveu mais a ideia, afirmando não apenas que a simples apresentação do documento de identidade já era suficiente para atingir a finalidade da norma (combate à fraudes eleitorais), visto que toda seção eleitoral deveria possuir a lista dos eleitores daquela seção, como também que a própria exigência do título eleitoral não serviria de prova da regularidade eleitoral.³¹² O Ministro não mencionou uma violação ao princípio da razoabilidade, mas violação aos princípios do sufrágio universal e da própria democracia. Ele rechaçou expressamente a ideia de a razoabilidade ou a proporcionalidade constituírem fundamento autônomo de inconstitucionalidade:

Inicialmente, não concedo a cautelar com fundamento no princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. Tive a oportunidade de já fazer aqui a minha profissão de fé como juiz, explicitando em qual paradigma teórico busco a formatação dos meus votos e as propostas de decisão que trago à Corte. E, nessa linha, alio-me àquilo que o Ministro Eros Grau sempre defendeu aqui: que razoabilidade e proporcionalidade não são princípios, mas podem ser técnicas de solução, sendo dado ao juiz buscar o seu fundamento legal na Constituição - no caso dos juízes constitucionais.³¹³

O Min. Ricardo Lewandowski salientou o caráter de cláusula-pétrea do direito ao voto como uma condição de temperamento das restrições a esse direito. Um ponto importante trazido pelo Ministro, que será abordado mais adiante, foi a possibilidade de alargar a decisão para dispensar o eleitor também da apresentação do documento de identidade, sempre que tivesse acontecido uma excepcionalidade e o mesário pudesse efetivamente identificá-lo.

O Min. Ayres Britto explicitou o seu entendimento de que a Min. Ellen Gracie havia feito uma ponderação equilibrada dos valores constitucionais envolvidos no caso – de um lado, a regularidade das eleições; do outro, o direito do cidadão de votar. O Ministro faz uma consideração, ao final do julgamento, que conduz à interpretação de que há princípios mais importantes do que outros:

Com isso, Sua Excelência também homenageia outros princípios constitucionais, por exemplo, evita evasão ou abstenção de voto, homenageia o princípio da universalização do voto, homenageia a eficiência

³¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 4467/DF, p. 22.

³¹² *Ibidem*, p. 26-27.

³¹³ *Ibidem*, p. 34.

nos serviços eleitorais. Então, se fizermos uma ponderação de valores entre duas interpretações possíveis, a de Sua Excelência afina muito mais com princípios constitucionais de primeira grandeza.³¹⁴

5.3.2.2 O uso da proporcionalidade pela corrente vencida

Restaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Não obstante, eles também discutiram a razoabilidade da lei.

O Min. Cezar Peluso foi o primeiro a se manifestar para problematizar a solução encontrada pela maioria. O Ministro expressou seu estranhamento nos seguintes termos:

[...] eu também receio que o Tribunal não deixe claros os limites da possibilidade de dispensa da apresentação do título, porque, dependendo da interpretação que se dê à norma, vamos tornar absolutamente inútil o título! Vamos, na prática, extinguir o título! Em outras palavras, passa a ser um documento inútil, porque já não serve para nada. Ele não servirá para mais nada.³¹⁵

Mais adiante, o Ministro expôs claramente sua posição no mesmo sentido da manifestação do Min. Dias Toffoli, de que a proporcionalidade e a razoabilidade não eram normas, mas critérios de interpretação de normas. Como não haveria nenhum direito violado, elas não teriam aplicação. Em suas palavras:

[...] a proporcionalidade, a razoabilidade e outros critérios e postulados de que se valha a doutrina, na verdade não são normas, porque não são regra nem princípio constitucional. São apenas critério de interpretação de normas constitucionais, em caso de colisão, sobre o qual não vou me perder, porque tanto o voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, como o do Ministro Celso de Mello já exauriram esta questão. Não há norma constitucional de razoabilidade, nem norma constitucional de proporcionalidade que pudesse estar sendo ofendida no caso!.³¹⁶

Mesmo assim, o Ministro considerou que a lei não poderia ser considerada desproporcional ou desarrazoada. Isso porque o título eleitoral era título jurídico que provava a condição de eleitor e, desse modo, poderia ser necessário em situações nas quais essa

³¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 4467/DF, p. 89.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 47.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 76.

condição não pudesse ser provada facilmente por outro meio. Exemplificou com a situação de falha dos registros. Afirmou ainda que “na conjugação de exigências e de cuidados, nunca é demais, nunca é desproporcional, nunca é desmedido, nunca é irrazoável! Ao contrário, todas tendem a garantir a legitimidade, a autenticidade e a verdade do processo eleitoral”.³¹⁷ Por fim, ressaltou que havia necessidade de exceções, mas que elas não poderiam ser fixadas à custa do título de eleitor.

O Min. Gilmar Mendes não utilizou o princípio da proporcionalidade como um dos principais fundamentos para seu voto, inclusive porque salientou ter dúvidas sobre o tema, a serem dirimidas por ocasião do julgamento de mérito. Não obstante, o Ministro teceu alguns comentários sobre a aplicação do princípio no caso, como forma de antecipar o mérito da ação.

O Ministro colocou a questão da seguinte forma: tratava-se de aferir se “a exigência do porte obrigatório do título de eleitor restringe de forma excessiva o direito fundamental de voto”³¹⁸. Para tanto, a norma teria que passar pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para o Ministro, o fim da norma era claro e consistia precisamente no combate às fraudes e na segurança do processo de votação. Num primeiro momento, a restrição parecia proporcional. O único argumento utilizado para corroborar essa impressão inicial do Ministro foi uma analogia com a exigência de carteira de motorista, não obstante existirem registros que possibilitariam a identificação do condutor mesmo sem a carteira.

Ainda sobre a proporcionalidade, compartilhou a posição dos Ministros Cezar Peluso e Dias Toffoli em relação à natureza de critério de interpretação do princípio da proporcionalidade:

Na verdade, e esse é o aprendizado comum, o que se tem que apontar é uma lesão a um dado direito fundamental, que teria sido violado pelo legislador ao dar uma dada disciplina, no caso, a exigência do título de eleitor, e não a lesão ao próprio princípio da proporcionalidade, até porque estamos a falar de um direito fundamental que foi disciplinado por uma lei e cuja reserva legal há de cumprir o princípio da proporcionalidade. Então, parece-me que aqui já se começa a tomar a nuvem por Juno. Por isso, inclusive, o princípio da proporcionalidade, muitas vezes o seu uso, ou o seu mal uso, é muito criticado, inclusive na jurisprudência americana, na forma do substantivo *due process of law*, exatamente porque se presta, muitas vezes a, vamos dizer assim, contrabandear conveniências da perspectiva estrita do eventual

³¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 4467/DF, p. 79.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 72.

intérprete. Aqui, pode-se discutir a conveniência ou não de se ter o título, agora, diante da exigência, dizer que ela é desproporcional, parece-me realmente muito difícil, e, por isso, eu chamava a atenção, e nós estávamos em juízo de cautelar. Eu chamava a atenção para essa observação. Veja, houve lesão. O Ministro Toffoli, inclusive, tentava salvar essa interpretação, dizendo: houve lesão, sim, ao direito político de votar ao se exigir o título.³¹⁹

5.3.2.3 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade no julgamento

Um primeiro ponto a ser ressaltado é a utilização da razoabilidade em uma medida cautelar, sem que tenha havido tempo hábil para solicitação de informações aos órgãos responsáveis pela medida.³²⁰ O voto do Min. Gilmar Mendes, no sentido de não ter uma posição firme sobre a proporcionalidade da medida, corrobora o entendimento de que essa apreciação necessita de elementos que muitas vezes não estão disponíveis num julgamento cautelar – especialmente quando não foram prestadas as informações. Afinal, a proporcionalidade envolve, nos dois primeiros testes, considerações fáticas sobre adequação e necessidade de uma medida.

Além disso, o julgamento revelou uma disputa importante entre a corrente vencedora e a corrente vencida em torno do que seria razoável no dispositivo. Para a corrente vencedora, não seria razoável exigir do eleitor que ele apresentasse os dois documentos, sendo que o documento de identidade já seria suficiente para evitar fraudes. Nos termos da Min. Ellen Gracie, razoável seria a adequação entre os meios (exigência de documentos) e os fins da norma (combate à fraude). Apenas o documento de identidade já seria um meio suficiente para isso, enquanto o título de eleitor não.

Por outro lado, a corrente vencida apresentou outra maneira de enxergar a razoabilidade. Para ela, dispensar a exigência do título de eleitor é que seria uma medida sem razoabilidade, visto que tornaria o título de eleitor completamente inútil para o momento da votação. Como a lei não poderia pretender tal objetivo, a interpretação da maioria seria descabida. Por isso, coube à maioria se engajar numa empreitada para demonstrar que o título conservaria a sua importância para outras situações.³²¹

³¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 4467/DF, p. 86.

³²⁰ *Ibidem*, p. 8.

³²¹ *Ibidem*, p. 81-82.

Em relação às proposições apresentadas no início do capítulo, o julgamento da ADI-MC 4467/DF apresenta informações interessantes.

No tocante à configuração dos direitos fundamentais envolvidos, verificou-se que todos os ministros consideraram haver um conflito entre o direito de votar (cidadania ativa) e o interesse constitucional num pleito eleitoral hígido e sem fraudes. Todos consideraram ser possível a fixação de condições de identificação para a votação, embora tenham divergido em relação a quais documentos seriam suficientes para demonstrar isso. Assim, pode-se dizer que foi preenchido uma condição para a aplicação da proporcionalidade: o conflito de direitos fundamentais na feição de princípios.

Em relação à segunda assertiva, em relação à aplicação da proporcionalidade, observou-se que a proporcionalidade foi explicitamente mencionada no julgamento. Entretanto, os ministros também se referiram ao princípio da razoabilidade. Da forma como esse princípio foi explicado pela Min. Ellen Gracie, porém, equiparou-se a razoabilidade ao teste de adequação, uma relação de idoneidade entre o meio e o fim perseguido pelo legislador. Outros testes apareceram implícitos no julgamento. A exigibilidade ou necessidade transpareceu nas discussões em torno das alternativas disponíveis para identificar os eleitores. A Min. Ellen Gracie e o Min. Dias Toffoli consideraram, expressamente, que a exigência do título de eleitor, apenas, não seria meio idôneo a atingir o fim, e, portanto, deveria ser preterido em relação à exigência apenas de documento de identidade. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, apareceu na declaração final do Min. Ayres Britto, que elogiou a ponderação de valores realizada pela Relatora.

Ainda em relação a esse ponto, observa-se uma clara manifestação em torno do caráter instrumental do princípio da proporcionalidade. Os Ministros Dias Toffoli, Cezar Peluso e Gilmar Mendes afirmaram que tanto a razoabilidade como a proporcionalidade seriam tão somente parâmetros de interpretação e controle para solução de antinomia entre princípios. O Min. Cezar Peluso, inclusive, aproveitou essa fundamentação para rejeitar a existência de qualquer violação, uma vez que não houve indicação de direitos fundamentais violados e, consequentemente, não seria cabível a utilização da proporcionalidade. Veja-se que, contrariamente ao voto dado no MS 32.033, o Min. Gilmar Mendes também seguiu a linha de que o princípio da proporcionalidade não poderia fundamentar uma impugnação de inconstitucionalidade.

No tocante à configuração da proporcionalidade, apenas o Min. Gilmar Mendes mencionou explicitamente uma estrutura trifásica. Os outros ministros, porém, estiveram por

várias vezes realizando operações que se enquadrariam em um dos três testes. A falta de maiores explicações, no entanto, comprometeu qualquer conclusão.

Finalmente, em relação ao último ponto, a corrente vencedora claramente atribuiu um valor maior à possibilidade do eleitor votar do que à necessidade de lisura nos pleitos. Para eles, mesmo que a exigência do título eleitoral pudesse ter algum efeito – o que negavam – o documento de identidade já era exigência bastante para possibilitar a votação sem que houvesse óbices ao eleitor.

Em síntese, a proporcionalidade não foi explicitamente utilizada para decidir a liminar, embora tenha sido uma possibilidade mencionada para o posterior julgamento de mérito. Os ministros evidenciaram haver um conflito de direitos e tentaram buscar uma solução que os conciliasse – o que justifica até o recurso à técnica da interpretação conforme a Constituição. Embora tenham utilizado o argumento da “razoabilidade”, fizeram-no como se estivessem tratando da adequação da exigência de título de eleitor para a votação. Ademais, também discutiram alternativas que pudessem conciliar melhor os direitos envolvidos. Desse modo, mesmo que não tenham utilizado explicitamente a técnica da proporcionalidade, pode-se dizer que as discussões se adequariam à sua estrutura, caso tivesse sido utilizada. O quadro seguinte sintetiza as respostas às questões formuladas:

Quadro 3: Análise da ADI-MC 4467/DF

<i>Questões</i>	<i>Corrente Vencedora</i>	<i>Corrente Vencida</i>
Os ministros consideraram os direitos como princípios?	Sim	Sim
Os ministros consideraram haver conflito de princípios?	Sim	Sim
Os ministros consideraram aplicar um dos testes da proporcionalidade?	Não	Não
Os ministros explicitaram os valores subjacentes à decisão?	Sim	Sim

Fonte: elaborado pela autora.

5.3.3 Caso da Lei de Imprensa: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/DF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra os dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa). O requerente postulou a não recepção total da lei ou, alternativamente, a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição, para que os dispositivos impugnados fossem lidos de forma a retirar os vestígios autoritários da lei.

Fundamentou sua pretensão no direito à liberdade de imprensa, expressão e pensamento, bem como na vedação de censura.

Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria pela não recepção total da lei. Conforme ficou assentado na ementa do julgado, complementada pela leitura do acórdão, uma vez que a primeira refletiu basicamente o entendimento do relator, a Lei de Imprensa apresentava resquícios autoritários que comprometiam irremediavelmente a liberdade de imprensa. Esse direito teria sido garantido de maneira plena pela Constituição de 1988, que previu tão somente algumas matérias que poderiam ser reguladas pelo legislador, como classificação indicativa, regime de concessão, dentre outros. A maioria decidiu, ainda, que mesmo disposições que poderiam concretizar direitos constitucionais, como a disciplina do direito de resposta ou da responsabilidade civil e penal, seriam inconstitucionais. No caso do direito de resposta, a corrente vencedora considerou que a Constituição já se aplicava imediatamente, sem necessidade de intermediação legislativa específica. Em consequência, também elas não poderiam ser aproveitadas.

O julgamento suscita questões muito importantes, principalmente no tocante à configuração dos direitos fundamentais e à sua relação com a proporcionalidade.

5.3.3.1 O uso da proporcionalidade pela corrente vencedora

O Min. Carlos Ayres Britto, relator, rechaçou completamente a recepção da Lei de Imprensa. Assentou como premissas que a imprensa deveria ser vista como atividade e como instituição, e que deveria gozar de especial proteção como veículo de comunicação de massa fundamental para o regime democrático, destinado a informar os cidadãos e criar uma versão não oficial da realidade. A razão de decidir mais importante do voto, no entanto, foi a delimitação do direito de liberdade de imprensa como regra constitucional.

A primeira aproximação ao tema anunciou a posição do Ministro no sentido de que “ou ela [a imprensa] é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica”.³²² Em consequência, a liberdade de imprensa não poderia ser vista como um mandamento de otimização a ser realizado na maior medida possível e, portanto, não

³²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF*. Rel. Min. Carlos Britto. j. 30/04/2009, p. 32.

assumiria a feição de princípio.³²³ Estaria mais próximo da configuração de “normas-regra”, como normas que “preferem à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para sonegar-lhes a nota de imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados com as liberdades do pensamento e de expressão *lato sensu*”.³²⁴ Essa construção decorreria da interpretação do art. 220 da Constituição, *in verbis*: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Para o Ministro, o dispositivo demonstraria que os direitos à liberdade de pensamento, criação, expressão e informação estariam a salvo de qualquer restrição e seu exercício não se sujeitaria a outras disposições que não fossem constitucionais. Nesse contexto, a liberdade de imprensa apresentaria uma *reserva de Constituição*, isto é, um conteúdo irregulamentável pelo legislador. Esse conteúdo dizia respeito ao “tempo de início e de duração de seu exercício”, bem como a “sua extensão ou tamanho do seu conteúdo”.³²⁵ Somente a própria Constituição seria capaz de limitar a liberdade de imprensa, e o faria de duas formas:

- I – **contemporaneamente**, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão;
- II – **a posteriori**, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sem prejuízo do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os indivíduos em geral.³²⁶

A exclusão da ponderação pelo Judiciário é decorrência do raciocínio apresentado pelo Ministro, sendo acolhida explicitamente quando ele afirma haver “uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão”.³²⁷ Em razão disso, “não h[averia] espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa”.³²⁸

Os demais ministros que compuseram a corrente majoritária divergiram da posição radical do Relator, embora o tivessem acompanhado quanto ao resultado. O Min. Menezes

³²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130/DF, p. 61.

³²⁴ *Ibidem*, p. 62.

³²⁵ *Ibidem*, p. 55.

³²⁶ *Ibidem*, p. 58.

³²⁷ *Ibidem*, p. 50.

³²⁸ *Ibidem*, p. 68.

Direito abriu a divergência na fundamentação ao salientar que o conflito entre liberdade da comunicação e direitos da personalidade exigiria análise por meio do processo de ponderação.³²⁹

Posteriormente, após associar a liberdade de imprensa com a estrutura do regime democrático, salientou que ela deveria ser harmonizada com a dignidade da pessoa humana. Rejeitou, portanto, a ideia de que o Estado estaria proibido de regulamentar o tema e defendeu a existência de uma reserva qualificada de lei, vinculada a todos os direitos fundamentais aplicáveis à situação (direitos de personalidade, liberdade de profissão, acesso à informação etc.).³³⁰ A solução seria a edição de legislação não impeditiva do exercício da liberdade de imprensa, mas garantidora da dignidade da pessoa humana. Esse resultado não teria sido alcançado pela Lei de Imprensa.

O Min. Cezar Peluso foi mais além na divergência. Para ele, a Constituição “não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unimoda”.³³¹ Ela seria plena tão somente nos limites constitucionais, e esses seriam dados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.³³²

O Min. Celso de Mello, por sua vez, adotou uma posição ambígua. De um lado, o Ministro defendeu que não existiriam direitos absolutos;³³³ de outro, considerou que a Constituição “revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento”³³⁴ e que a liberdade de expressão teria uma posição de prevalência que, de acordo com a doutrina americana, como visto, associa-se com um modelo de regras³³⁵. De qualquer forma, o Ministro parece ter considerado que a própria Constituição havia resolvido as tensões ao “assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades”. Para ele, qualquer colisão entre as liberdades deveria ser resolvida pelos juízes diante dos casos concretos, com base nas normas constitucionais, e não na legislação infraconstitucional.³³⁶

³²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130/DF, p. 86.

³³⁰ *Ibidem*, p. 92-93

³³¹ *Ibidem*, p. 122.

³³² *Ibidem*, p. 123.

³³³ *Ibidem*, p. 151.

³³⁴ *Ibidem*, p. 153.

³³⁵ *Ibidem*, p. 162.

³³⁶ *Ibidem*, p. 173-174.

A divergência com o Relator foi exposta pelo próprio Min. Ayres Britto, nos seguintes termos:

Ministro Celso de Mello, por um dever de honestidade intelectual, pelo que percebo estamos dissentindo, por entender que essa ponderação diante de uma colisão entre direitos de personalidade a Constituição já fez em favor da liberdade de imprensa. E Vossa Excelência remete o juízo de ponderação para o Poder Judiciário.³³⁷

5.3.3.2 O uso da proporcionalidade pela corrente vencida

O Min. Joaquim Barbosa alertou para a importância da regulamentação da liberdade de imprensa, nos casos em que essa regulamentação serviria para garantir meios de comunicação mais livres e plurais e, portanto, mais democráticos. Considerou que “o Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns”.³³⁸

A Min. Ellen Gracie também denunciou a hierarquização dos direitos como um equívoco. Segundo ela, não haveria “uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais”.³³⁹

O Min. Gilmar Mendes negou que a interpretação do art. 220 tivesse o condão de afastar qualquer regulamentação da liberdade de imprensa. Segundo o Ministro, haveria uma “reserva legal qualificada”³⁴⁰, cabendo ao legislador regulamentar aspectos importantes do direito por meio de lei formal. O Ministro afirmou que, em razão do caráter institucional da imprensa, o legislador tinha obrigação de dar efetividade à garantia de sua liberdade³⁴¹. Além disso, autorizava-se “o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos”.³⁴²

³³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130/DF, p. 204.

³³⁸ *Ibidem*, p. 110.

³³⁹ *Ibidem*, p. 127.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 82.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 225.

³⁴² *Ibidem*, p. 228.

Após apresentar a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão acerca dessa colisão de direitos, o Min. Gilmar Mendes apontou que no processo de ponderação “não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito”.³⁴³ Para tutelar os direitos de personalidade, o legislador poderia editar lei. Especificamente em relação à Lei de Imprensa, a sua manutenção seria exigida diante da possibilidade de vazio normativo que a sua inconstitucionalidade geraria.

5.3.3.3 Apreciação crítica da proporcionalidade no julgamento

Novamente, tomam-se como parâmetros as assertivas apresentadas no início deste capítulo. A maior discussão no julgamento girou em torno justamente da configuração dos direitos. Houve uma clara divisão entre ministros que consideraram uma construção baseada em regras e ministros que consideraram uma construção baseada em princípios. O Min. Ayres Britto, por exemplo, rechaçou explicitamente que a liberdade de imprensa assumisse na Constituição brasileira a forma de mandamentos de otimização. Ao contrário, eles seriam liberdades com posição preferencial. Ao contrário, o Min. Gilmar Mendes considerou que havia uma reserva legal qualificada e, portanto, a possibilidade de que o legislador pudesse restringir esse direito para garantir outros direitos constitucionais de igual relevância.

O julgamento demonstra claramente que a configuração dos direitos é um pressuposto para o uso da proporcionalidade. Para o Ministro Ayres Britto, o Constituinte já havia feito a ponderação ao positivizar a garantia da liberdade de imprensa, de forma que todo o seu trabalho envolveu definir o conteúdo do direito passível de regulamentação e não passível de regulamentação, bem como os limites constitucionais do direito. O Min. Celso de Mello apresentou uma posição ambígua, que conjugou tanto a existência de limites apriorísticos (proibição do *hate speech*), quanto a possibilidade de que o Judiciário ponderasse os valores constitucionais nos casos concretos. Como visto no capítulo 3, essa posição possui a incoerência de conjugar a existência de limites imutáveis com colisão de direitos. Finalmente, a posição do Min. Gilmar Mendes possibilitou a colisão de direitos e, consequentemente, o

³⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130/DF, p. 234.

uso da proporcionalidade, explicando em sua manifestação que não atribuir primazia a direitos “é a premissa básica, de modo que a ponderação se faz a partir do caso concreto”.³⁴⁴

Observe-se, ademais, que a discussão em torno da possibilidade ou não de atuação do legislador sobre o tema remete o julgamento às considerações feitas no capítulo 3 sobre regulamentações de direitos como limitações ou não. Para o Min. Ayres Britto, qualquer regulamentação configuraria uma violação do direito, enquanto o Min. Joaquim Barbosa aceitou o desenvolvimento do direito como uma limitação legítima.

Em relação à hipótese de aplicação, os Ministros parecem ter trabalhado mais com a ideia de ponderação do que o princípio da proporcionalidade em sua inteireza. Consideraram que era necessário conciliar os princípios colidentes, mas não discutiram explicitamente a adequação ou a necessidade da Lei de Imprensa. É possível interpretar que a corrente vencida vislumbrou na manutenção dos dispositivos da lei uma forma menos restritiva de garantir a liberdade de imprensa, uma vez que a lei fixaria parâmetros mínimos para proteger os meios de comunicação do casuísmo dos tribunais. De qualquer forma, essa e outras análises não foram explicitamente formuladas no julgamento, que, ao mencionar a necessidade de conciliar o conflito, restringiu-se apenas a uma ponderação dos valores envolvidos (proporcionalidade em sentido estrito).³⁴⁵

Quanto à estrutura da proporcionalidade, não se mencionou o número de etapas nem quais seriam as etapas da operação. Em verdade, a Corte manifestou-se sobre a última das etapas, de ponderação dos valores constitucionais envolvidos, sem dar pistas dos outros testes.

Finalmente, em relação aos valores que nortearam os votos dos ministros, ficou evidente que a liberdade de expressão e de imprensa foi tida como um valor de elevada importância. Subjacente a essa valoração, estiveram concepções diferentes sobre o papel do Estado e da sociedade civil no controle da imprensa, com ministros se posicionando pelo total afastamento do controle estatal e da autorregulação do mercado de ideias, e outros ministros se posicionando pela intromissão do Estado para assegurar maior liberdade de imprensa.

No entanto, o fortalecimento da liberdade de expressão parece ter gerado uma situação inusitada. Para que houvesse uma séria colisão de direitos fundamentais, o Min. Menezes

³⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130/DF, p. 274.

³⁴⁵ Vale mencionar a existência de mais um sentido para o princípio da proporcionalidade constante no voto. Trata-se do direito de resposta “proporcional ao agravo”, no sentido de um direito de resposta que equivalhesse, em grandeza, à lesão causada pela manifestação ilegal na imprensa.

Direito afirmou que haveria conflito entre liberdade de imprensa e dignidade da pessoa humana (representando os direitos de personalidade). Mesma afirmação foi feita pelo Min. Cezar Peluso. Tal fundamentação parece ter sido feita para criar um conflito de valores de peso semelhantes, mas foi bem criticada pela Min. Cármen Lúcia, que explicitou a origem da liberdade de expressão também no princípio da dignidade da pessoa humana.

O julgamento da Lei de Imprensa demonstra como as diferentes construções de direitos conduzem ou não ao uso da proporcionalidade. Também demonstra que a ponderação de valores constitucionais fica aquém da proporcionalidade tal como conhecida pelos germânicos, não tendo havido menção explícita à adequação e à necessidade da lei. Trata-se de uma expediente equivocado, uma vez que o Tribunal passa diretamente à etapa de apreciação das condições jurídicas sem transitar pelas etapas de apreciação das circunstâncias fáticas, que não foram trazidas no julgamento.

Em síntese, houve uma divergência em relação à configuração dos direitos envolvidos. Para quem entendeu que a liberdade de imprensa era uma regra, a colisão entre esse direito e os direitos de personalidade já tinha sido dirimida pelo constituinte ao estabelecer as exceções, como o direito de resposta, e a reserva legal para assuntos laterais. Qualquer outra regulação feriria o conteúdo essencial da regra, a parte que, se afastada, importaria em violação do direito. Para quem entendeu, por outro lado, que a liberdade de imprensa não era uma regra, a possibilidade de regulação legal existia. Os ministros que adotaram essa posição procuraram fazer a ponderação de valores, sem passar pelos exames da adequação e da necessidade, para verificar se algo na lei ainda poderia ser salvo. Para alguns, os resquícios autoritários eram insuperáveis; para outros, seria possível salvar algumas disposições. Em resumo, as perguntas puderam ser respondidas da seguinte forma:

Quadro 4: Análise ADPF 130/DF

<i>Questões</i>	<i>Corrente Vencedora</i>	<i>Corrente Vencida</i>
Os ministros consideraram os direitos como princípios?	Não	Sim
Os ministros consideraram haver conflito de princípios?	Não	Sim
Os ministros consideraram aplicar um dos testes da proporcionalidade?	Não	Não
Os ministros explicitaram os valores subjacentes à decisão?	Sim	Sim

Fonte: elaborado pela autora.

5.4 Síntese do capítulo

Após a análise de casos, verificou-se que em nenhum deles houve um uso rigoroso, conforme a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, da técnica da proporcionalidade. Foi possível identificar nos três julgamentos alguns elementos que se ajustariam com perfeição aos testes da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), inclusive se considerada numa estrutura de quatro fases, sendo a primeira a legitimidade dos fins. No entanto, em nenhum dos julgamentos os testes foram dispostos de maneira estruturada e sequencial, e mesmo as menções explícitas ao princípio pouco serviram à fundamentação do julgado.

Por outro lado, foi possível demonstrar que a consciência sobre os pontos de divergência em torno da técnica da proporcionalidade possibilita uma compreensão maior da justificação de decisões em conflito de direitos fundamentais. Nos três casos apresentados identificaram-se os pontos de discordância dos ministros, os motivos pelos quais alguns tratavam de conflitos entre direitos, enquanto outros não, além de discordâncias em relação a aspectos que, a rigor, estariam inclusos na proporcionalidade.

Desse modo, observou-se a divergência dos ministros em torno da adequação das medidas para atingir seus objetivos. Assim, por exemplo, a exigência de título de eleitor foi considerada uma medida inadequada para obter a lisura das eleições, porque bastava a identificação mediante documento com foto. No mesmo caso, foi possível perceber discordâncias em relação à necessidade da medida, visto que a corrente vencedora considerou a identificação apenas por documento com foto mais efetiva e menos lesiva ao direito ao voto.

No caso da lei que vedava a participação dos novos partidos no Fundo Partidário, a consideração de que o fim da lei, naquele momento, era ilegítimo, porquanto o projeto se destinava, em primeiro lugar, a impedir a participação de determinado partido político nas eleições daquele ano, evidenciou um exame de legitimidade dos fins. Essa ilegitimidade foi fundamentada no direito à igualdade, concretizado na igualdade de chances.

No caso da Lei de Imprensa, houve grande discussão em torno da ponderação de direitos, principalmente os direitos de personalidade em conflito com a liberdade de imprensa. Verificou-se que a forma como esses direitos são pensados (como regras ou como princípios) interferiu diretamente no resultado do julgamento, o que confirma as ideias lançadas na subseção 3.1 desta dissertação. Para quem entendeu ser a liberdade de imprensa uma regra, o

constituente já teria feito a ponderação adequada com os direitos de personalidade, e qualquer restrição seria inconstitucional. Para quem entendeu ser um princípio, seria possível a restrição, uma vez que estaria sujeita à apreciação posterior.

De maneira geral, no entanto, todas as apreciações foram mal explicitadas ou não puderam ser ajustadas adequadamente à proporcionalidade, mesmo quando os ministros citavam expressamente ou abordavam a técnica. Essa observação é importante para a comparação que se pretende fazer no próximo capítulo, sobre a forma como se deram as mesmas discussões no Parlamento.

6 O PODER LEGISLATIVO TAMBÉM PODE UTILIZAR A TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE?

6.1 A Vinculação do Poder Legislativo aos Direitos Fundamentais

Foi visto nos capítulos anteriores que a proporcionalidade é uma técnica de aplicação dos princípios jurídicos, uma ferramenta que permite verificar se uma medida é adequada, necessária e proporcional para a implementação de um princípio que conflita com outro. Ela permite definir as relações de precedência segundo as condições fáticas e jurídicas no caso concreto.

Uma pergunta implícita em muitas obras diz respeito à possibilidade de o Poder Legislativo também aproveitar a proporcionalidade no momento de criar as leis. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, defende que no caso de conflito entre regras e princípios, o aplicador do direito não tem liberdade total para simplesmente afastar a regra e aplicar o princípio, visto que isso causaria grande insegurança jurídica.³⁴⁶ A mesma posição é defendida por Luiz Guilherme Conci, para quem deve se dar preferência pela regra, que representa a “ponderação” de princípios feita pelo legislador. Nesses casos, poderia ocorrer tão somente um duplo exame de proporcionalidade: primeiro, a verificação sobre se a regra legislativa é proporcional ou excessiva; segundo, a aplicação dos princípios (direitos fundamentais) ao caso concreto.³⁴⁷ Assim, portanto, defende que se deve dar preferência ao legislador na concretização dos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de controle dos excessos.³⁴⁸

Defende-se que os princípios jurídicos constitucionais e os direitos fundamentais vinculam o legislador. Trata-se, aliás, de um dos fundamentos mais apontados para o controle de constitucionalidade, tendo em vista a legitimação dos juízes para aferir se o legislador transbordou os limites definidos pela Constituição. Segundo Marcelo Figueiredo:

³⁴⁶ **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52.

³⁴⁷ CONCI, L. G. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades, p. 30, nota 93.

³⁴⁸ *Ibidem* p. 39.

A Constituição, fonte de todas as normas, norma hierarquicamente superior às demais do sistema jurídico, condiciona toda a atividade estatal, inclusive a do legislador. Não é correto afirmar que o legislador exerce atividade livre e incondicional. A Constituição é o limite. Ao mesmo tempo em que o legislador tem “liberdade” de atuação, está gizado, emoldurado, pela principiologia constitucional.³⁴⁹

Por consequência, não se pode negar que o Poder Legislativo também é intérprete constitucional e realiza a concretização dos princípios constitucionais quando elabora uma lei. Dessa forma, assumindo que (i) o legislador está igualmente vinculado aos princípios constitucionais, como o administrador e os juízes, e que (ii) o legislador também interpreta e concretiza os princípios constitucionais ao elaborar uma lei, conclui-se (iii) que o legislador também cria uma regra por meio de uma relação de precedência entre princípios jurídicos.

Observe-se a regulação da imprensa, por exemplo. De um lado, existe um direito à liberdade de expressão e de imprensa; de outro, existe um direito à honra e à proteção da personalidade. Ao fazer uma “lei de imprensa”, o legislador deve eleger uma finalidade a ser buscada e um meio adequado para isso. Ele pode fazê-lo à luz de várias alternativas, e a escolha por uma delas dependerá do grau de eficácia da medida, da possibilidade de efetividade dela, e do grau de restrição de outros direitos que ela poderá ter. Atualmente, existem cada vez mais diretrizes técnicas que orientam a produção de leis mais adequadas e eficazes, como se verá adiante.

Assumindo a conclusão anteriormente exposta (iii), é possível desenvolver o raciocínio um pouco mais. Já se viu que a técnica da proporcionalidade, com seus três exames, exige a adoção de uma distinção qualitativa entre princípios e regras, e a consideração de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão principiológica e, por isso, conflitiva. No entanto, ela é apenas uma técnica dentre outras para a resolução dos conflitos. Nos EUA, por exemplo, existem outras formas, como a ponderação e o balanceamento (vide capítulo 4). Os próprios autores que defendem a proporcionalidade admitem que ela é a melhor, mas não a única, forma de aplicar princípios e direitos fundamentais (vide capítulo 3). Assim, se o legislador deve resolver o choque de princípios ao elaborar uma lei, é possível questionar se ele também pode utilizar a técnica da proporcionalidade para tanto.

³⁴⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

A ideia de que a proporcionalidade também pode ser usada pelo Legislativo relativiza as construções teóricas que dão total primazia para os tribunais constitucionais na proteção dos direitos fundamentais. Ela mostra que o legislador também pode utilizar as mesmas técnicas de argumentação dos juízes para tomar suas decisões.³⁵⁰ Mais do que isso, impõe um ônus maior ao julgador que controla a constitucionalidade da lei, visto que ele deverá demonstrar que os juízos do legislador extrapolam os limites constitucionais.

Em relação às possibilidades de uso da proporcionalidade, a evidência de que a técnica também é utilizada pelo legislador reforça, por um lado, a ideia de que ela é um método difundido de concretização de princípios, e, por outro lado, que não é apenas controlável pelos especialistas da comunidade jurídica, mas também controlável pela sociedade, por meio de seus representantes.

O objetivo deste capítulo é procurar, nos acórdãos já tratados anteriormente (vide capítulo 5), manifestações do Legislativo em torno do princípio da proporcionalidade ou ao menos de seus testes. Buscaram-se especialmente manifestações semelhantes às dos ministros do STF que mencionaram a proporcionalidade nos julgados.

6.2 Legística e Proporcionalidade no Legislativo

A lei terminou o século XX em crise.³⁵¹ A transformação do Estado Liberal em Estado Social alterou as características dos atos legislativos e também a importância dos Poderes estatais no processo legislativo. A intervenção do Poder Público em domínios antes intocados à sua atuação (economia, direitos sociais, ambiente, dentre outros) representou uma resposta às crescentes demandas da sociedade, mas gerou fenômenos como inflação legislativa, hipertrofia do Executivo e crise de representatividade dos Paramentos.

³⁵⁰ É evidente que as decisões no Parlamento são tomadas pela regra da maioria e, dessa forma, considerações sobre os fundamentos utilizados pelos parlamentares para votar por uma determinada lei ganham menos importância do que a própria aprovação da lei. No entanto, não se pode esquecer, por um lado, que as decisões nos tribunais também são tomadas por maioria; por outro, que os cidadãos podem e devem controlar a qualidade das discussões legislativas. Nesse sentido, cf. MENDES, C. H. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 176-187.

³⁵¹ Como bem salienta Carlos Blanco de Moraes, há várias crises da lei: *crise histórica, crise técnica e crise política*. A primeira “relaciona-se directamente com a perda das características prototípicas do acto legislativo inerente ao Estado Liberal, em virtude da sensível transformação que o mesmo experimentou com o desenvolvimento do Estado Social”; a segunda “deriva dos defeitos jurídicos e metodológicos de fabrico dos actos legislativos”; a terceira “concerne ao seu papel diminuído no modelo de Estado Social do tempo presente” (**Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007, p. 81).

Por conta disso, identificou-se a necessidade de modernização do trabalho dos Paramentos. De acordo com Marcelo Figueiredo:

Os Paramentos não conseguem produzir com a velocidade necessária os diplomas requisitados pelos fatos sociais; o Executivo, por sua vez, aproveita-se da situação, açambarcando a função legislativa, em searas que tradicionalmente devem ser atribuídas ao Parlamento. E, assim, o círculo vicioso se instaura. É preciso, pois, dentre outras medidas, implantar a “modernização” do legislador, para que um de seus produtos essenciais – a lei – seja mais bem-elaborado e, assim, com maiores condições de refletir a realidade social.³⁵²

A eficiência e a eficácia da atuação pública tornaram-se valores tão importantes para a formatação das instituições políticas quanto os fins a que se destinavam, ganhando relevo aspectos gerenciais e de boa governança. Em relação à atividade legislativa não foi diferente. Destaca-se a preocupação da Ciência da Legislação, mais precisamente do ramo específico da Legística, com a qualidade da lei, principalmente sob seus aspectos formal (redação e sistematização), material (avaliação dos objetivos e de sua concretização) e organizativo (gestão do processo legislativo).³⁵³ Criaram-se documentos internacionais destinados a nortear a atuação legislativa, tal como o *Relatório Mandelkern* (2001) e o *Better Regulation Action Plan* (2005), além de iniciativas estatais para melhorar a produção normativa.

Um importante instrumento para o controle da qualidade da lei em seu sentido material é a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR), que envolve a “utilização de *métodos de recolha, tratamento e análise de dados que permitem, quer a antecipação dos efeitos susceptíveis de serem produzidos por um ato legislativo em preparação (análise prévia de impacto), quer o exame das consequências reais de uma lei entrada em vigor*”.³⁵⁴ Dentre os métodos possíveis, destaca-se a Avaliação Prévia de Impacto (API), que consiste numa “*análise prospectiva ou de prognose sobre os potenciais efeitos de um diploma legal em formação, sendo como tal realizada em momento anterior à eventual aprovação deste último*”.³⁵⁵ Trata-se de um instrumental capaz de fornecer informações precisas ao responsável pela decisão de legislar sobre o problema a ser resolvido, as alternativas para

³⁵² **O Controle da Moralidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112, nota 13.

³⁵³ Nesse sentido, destaca-se a Legística como “o ramo da Ciência da Legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescriptivo das leis” (**Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007, p. 70).

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 343.

³⁵⁵ *Ibidem*.

resolvê-lo, os custos e os benefícios envolvidos em cada uma, os beneficiados e sacrificados pela decisão e, por fim, a possível adequação da medida legislativa para o problema. São métodos que permitem definir se é melhor legislar ou não, e de que forma deve ser concebida a legislação. Após as avaliações, portanto, desenvolve-se todo o processo legislativo, e é exatamente nesse ponto que o tempo de tramitação tem um papel relevante.

O processo legislativo caracteriza-se pelo encadeamento de diversas operações que partem de uma decisão da autoridade legitimada a iniciá-lo e culminam num diploma imperativo para seus destinatários. A primeira fase é de *iniciativa legislativa*, que engloba tanto o momento de concepção da lei, ou seja, “todos os estádios ou operações integrados na fase de iniciativa legislativa, que se traduzem na *impulsão, elaboração normativa, controlo endoprocédimental, consultas, redacção final e a formalização «stricto sensu» da iniciativa interna de um diploma legal*”³⁵⁶, como o próprio “ato por que se propõe a adoção de direito novo”.³⁵⁷ As avaliações de impacto prévio, de custos administrativos e de outros fatores (sociais, jurídicos, etc.) inserem-se geralmente na fase de iniciativa legislativa, mais precisamente na concepção da lei.

Apresentado o projeto, tem-se uma fase constitutiva da lei, na qual são estabelecidas as normas jurídicas que serão imperativas para seus destinatários. É nela que se desenvolve toda a instrução, deliberação e votação da matéria legal, bem como a sanção do Chefe de Estado. Por fim, há uma fase complementar consistente na promulgação e publicação do Direito novo, tornando-o de observância obrigatória por todos.³⁵⁸

Os órgãos que iniciam o processo legislativo, principalmente Executivo e Legislativo, devem não apenas fazer uma análise do impacto administrativo e normativo que o novo diploma terá, como também devem proceder ao controle da validade e da regularidade das normas. Segundo Carlos Blanco de Moraes:

Sem prejuízo de o decisor, aquando da identificação e ponderação de soluções para a resolução do problema impulsionante, ter testado a conformidade das mesmas com parâmetros de validade normativa, o facto é que se mostra indispensável confrontar o articulado finalizado do diploma com as normas de referência com as quais se deve compatibilizar. Assim se evitará que eventuais vícios venham a ser identificados pelos mecanismos de

³⁵⁶ MORAIS, C. B. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007, p. 290, grifos no original.

³⁵⁷ FERREIRA FILHO, M. G. **Do Processo Legislativo**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 228.

³⁵⁸ *Ibidem*.

controlo intra-orgânicos exercidos na fase de instrução, mormente pelo Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, ou, já depois de concluído o momento constitutivo de produção do acto, em sede de fiscalização de constitucionalidade.³⁵⁹

E continua o autor afirmando que:

Não deixa de ser importante que na análise referida sejam tidas em conta as orientações jurisprudenciais do Tribunal Constitucional e do Tribunal de Justiça das Comunidades, sobretudo relativamente a soluções controversas em relação às quais possam ser extraídos sentidos interpretativos inválidos.³⁶⁰

No Brasil, cabe à Comissão de Constituição e Justiça de cada uma das Casas do Congresso realizar o controle sobre a juridicidade, a técnica e a regularidade das propostas legislativas. É o controle preventivo de constitucionalidade das leis, realizado pelos próprios parlamentares para impedir que propostas inconstitucionais ou irregulares tramitem, gastando recursos e desgastando o Parlamento. Também há outros momentos nos quais esse controle é exercido durante o processo legislativo, como na aceitação da proposta pela Mesa e no veto pelo Presidente da República.³⁶¹

A combinação dos estudos de impacto prévio com o controle da validade e da regularidade do projeto de lei permite aos parlamentares fazerem juízos sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da proposta, quando envolve conflito de princípios. Em outras propostas, é possível que eles realizem um exame de proporcionalidade da proposta antes mesmo que ela seja aprovada e se torne lei.

Duas possíveis objeções a essa proposta podem ser formuladas. Primeiro, Virgílio Afonso da Silva distingue proporcionalidade de sopesamento, afirmando que “nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve – aí sim – haver apenas sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto” e completando que “se não há medida

³⁵⁹ **Manual de Legística:** critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007, p. 332.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Sobre o controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo próprio Poder Legislativo, veja-se a excelente monografia de Luiz Henrique Cascell de Azevedo, **O Controle Legislativo de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, 142p. O autor não só explica o trâmite interno de controle da validade das leis durante o processo legislativo, como sugere alternativas para que ele possa ser mais bem aproveitado.

adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade”.³⁶² Esse seria o caso da ponderação feita pelo legislador ao realizar sua tarefa primordial.

Com o devido respeito ao autor, que serve inclusive de base para muitas das ideias aqui desenvolvidas, propostas legislativas também podem ser vistas como medidas potencialmente restritivas de direitos. Assim como uma lei vigente, cada proposta e emenda apresenta uma norma alternativa e, desse modo, pode viabilizar um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É dessa forma, por exemplo, que a Comissão de Constituição e Justiça deve entendê-la para realizar sua função. Essa posição fica mais evidente quando se verifica que o próprio STF suscita o exame de proporcionalidade em mandado de segurança sobre *projeto de lei ordinária*, como ocorrido no MS 32.033/DF. Se o Tribunal pode utilizar o teste da proporcionalidade para projeto de lei, o Parlamento também pode. Isso fica mais evidente quando se verifica que os próprios legisladores fazem juízos de adequação das leis com base em prognoses, em conjunto com o sopesamento entre os princípios constitucionais.

Uma segunda objeção poderia ser formulada no sentido de ser a técnica da proporcionalidade uma técnica de decisão judicial, de adjudicação de direitos. Ela exigiria a presença de um caso em concreto e de uma autoridade judicial, visto que somente diante de circunstâncias fáticas e jurídicas bem definidas seria possível realizar os testes que a compõem. Nenhum argumento, porém, é capaz de excluir a possibilidade de que o legislador também se valha da técnica da proporcionalidade, ou pelo menos dos seus testes.

Não é isso que se depreende da posição de Alexy, que propõe uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, que dê conta de explicar a diferença entre princípios e regras de modo estrutural – em contraposição às teorias materiais dos direitos fundamentais. Desse modo, tanto os julgadores como os legisladores, ao concretizarem os direitos fundamentais, seja para julgar, seja para legislar, devem compatibilizá-los por meio do sopesamento e, para aferir a precedência nas circunstâncias fáticas e jurídicas, mediante a técnica da proporcionalidade.

Ao final, verifica-se que tanto o legislador como o juiz constitucional devem ter os mesmos ônus. Conforme defende Conrado Hübner Mendes:

³⁶² **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 179.

Juízes são mais suscetíveis de acertar ou de errar? Nem um nem outro. A possibilidade do erro é simétrica, nas palavras de Dworkin, se é que essa pergunta faz sentido nas ‘circunstâncias da política’. O juiz tem um compromisso com o bom argumento, com a fundamentação racional, assim como o legislador poderia ter, se assim fosse cobrado. Deve-se pensar no aperfeiçoamento do processo legislativo em vez de amesquinhá-lo.³⁶³

E mais adiante afirma o autor:

A obsessão teórica com Tribunais, somada ao absoluto silêncio em relação ao legislador, fragiliza o papel que a Constituição pode desempenhar num sistema político. O legislador não está isento de respeitar os limites constitucionais, independentemente de uma instituição externa que o vigie. E, em função do desacordo inerente à interpretação constitucional, não me parece aceitável afirmar que uma instituição judiciária possua habilidades cognitivas ímpares ou autoridade moral superior para determinar o conteúdo do texto normativo. *A interpretação constitucional legislativa não é descartável. A teoria constitucional não pode eximir o legislador de firmar entendimentos consistentes sobre o significado da Constituição.*³⁶⁴

Cabe, sim, considerar que outros interesses podem determinar a decisão do Legislativo que não o método mais racional de solução dos conflitos entre direitos fundamentais. É possível que a dinâmica do jogo político, das barganhas entre diferentes facções do poder, da inclusão de outros valores que não apenas os valores jurídicos, determine a decisão final. A proporcionalidade, então, pode ser uma ferramenta à disposição do legislador, mas nem sempre será decisiva para a tomada da decisão, porque, ao contrário do juiz, ele não está adstrito inicialmente ao “bom argumento” ou ao argumento mais racional. E é por isso que, não obstante ele possa lançar mão dessa técnica, ainda é pertinente a existência de um controle de constitucionalidade realizado por um outro órgão, que seja o responsável por verificar se ele extrapolou os limites fixados pela Constituição.

O processo de elaboração de projetos de lei relacionados com os casos tratados no capítulo anterior demonstram a possibilidade de que os testes da proporcionalidade sejam aplicados no processo legislativo, mesmo que de forma não estruturada.

³⁶³ MENDES, C. H. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 178.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 193, sem grifos no original.

6.3 Análise de Casos

6.3.1 Caso do Partido REDE: o Projeto de Lei nº 4.470/2012

O PL nº 4.470/2012 foi apresentado pelo Deputado Edinho Araújo (PMDB), em 19 de setembro de 2012, perante o Plenário da Câmara dos Deputados.³⁶⁵ Propunha a alteração das Leis nº 9.096/95 e 9.504/97, dentre outros, para garantir que a distribuição proporcional dos 95% do Fundo Partidário para os partidos, segundo os votos obtidos na última eleição geral para a Câmara (art. 41-A, II, da Lei 9.096/95), desconsiderasse mudanças posteriores de filiação partidária.

No capítulo 5, analisou-se a decisão do STF no MS 32.033, impetrado para obstar o trâmite legislativo do projeto de lei, sob o fundamento de ser casuístico. Naquela oportunidade, o Min. Gilmar Mendes ressaltou que as restrições para as prerrogativas dos partidos políticos e dos cidadãos deveriam respeitar o princípio da proporcionalidade. Seu voto pode ser interpretado como uma consideração de que o fim da lei era ilegítimo, visto que se tratava de uma lei casuística que violava o princípio de igualdade de chances. Nenhum outro ministro utilizou a técnica em sua argumentação.

Passa-se então a verificar se a proporcionalidade foi utilizada durante a tramitação do projeto no Legislativo. Para tanto, foram lidos os documentos disponíveis de modo a identificar: (i) qual direito a ser restringido? (ii) qual a finalidade da medida? (iii) qual o fundamento utilizado para a restrição? (iv) houve menção a princípio jurídico? (v) houve menção a colisão de direitos e à forma de solução?

Na justificativa do projeto, o Deputado Edinho Araújo argumentou que as normas da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) e da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) não contemplavam as hipóteses de migrações partidárias durante o curso da legislatura. O objetivo da alteração normativa seria, então, garantir a segurança jurídica para os partidos, tanto os novos, como os já existentes, e fortalecer os partidos como instrumento de pluralismo

³⁶⁵ Todo o trâmite legislativo e os documentos mencionados sobre o projeto de lei podem ser acessados no site da Câmara dos Deputados, no link: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>. Acesso em: 29 de junho de 2014.

político.³⁶⁶ Ainda segundo a justificativa, isso não violaria qualquer direito, porque “o mandamento constitucional, segundo o qual os partidos políticos têm direito aos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, esta[ria] garantido na distribuição dos 5% (cinco por cento) do fundo partidário, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral” e “quanto ao migrante, nada lhe ser[ia] tolhido, eis que assegurada sua prerrogativa do pleno exercício parlamentar”.³⁶⁷

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça, oferecido pelo Deputado Magela (PT), os argumentos da justificativa são reafirmados. Consiedera que “as modificações sugeridas tem o cunho de dar maior relevo ao instituto da Fidelidade Partidária”, além de reafirmar a posição do Congresso Nacional, “regulando de forma abrangente – e sem deixar margem de dúvidas para a atuação do Judiciário Eleitoral -, as intercorrências que porventura venham a ocorrer no quadro político partidário após o final das eleições respectivas”.³⁶⁸

Ao apresentar a Emenda nº 1 ao projeto, sugerindo que ele entrasse em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2015, o Deputado Rubens Bueno afirmou que “a medida apresentada, mudando as regras no meio da legislatura, com o objetivo de restringir o número de partidos, atenta contra a liberdade partidária. A livre organização dos partidos não pode ser confundida com a malversação dos partidos”. Continuou explicando que “toda tentativa de simplificar artificialmente o sistema político, implica restringir a representação, limitar a cidadania e minguar o conteúdo democrático de nosso ordenamento legal”.³⁶⁹

Em seu parecer sobre as emendas, o Deputado Magela iniciou sua manifestação chamando a atenção para a situação de infidelidade partidária que existia anteriormente no Congresso e para a lei elaborada pelo Congresso para coibir a prática. Em seguida, considerou que a permissão de mudança para fundação de novos partidos possibilitou a burla à fidelidade partidária. Aponta como problema o fenômeno da “portabilidade do tempo de televisão e do Fundo Partidário”.

³⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012**. “Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica”, p. 3.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 3-4.

³⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012**. Relator Deputado Magela. 17 de abril de 2013, p. 3-4.

³⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012**. Deputado Rubens Bueno. 17 de abril de 2013.

O Deputado Alfredo Sirkis (PV) questionou o relator sobre a fixação do prazo para início de vigência da lei. Foi a primeira menção à palavra “princípio” nos documentos consultados:

O esclarecimento que peço ao Sr. Relator é o seguinte: se de fato não se trata de uma medida de natureza casuística, por que não aceitar qualquer emenda que remeta a sua efetividade ao período pós-eleições de 2014? Ela poderia, inclusive, entrar em vigor em outubro deste ano. Por que não consagrar *esse princípio* que estabelece um critério equânime entre os partidos? (sem grifos no original).³⁷⁰

A proposição foi aprovada em Plenário, em 23 de abril de 2013, e encaminhada ao Senado (PLC nº 14/2013).³⁷¹ O Senador Ricardo Ferraço apresentou emenda no mesmo sentido que as anteriores, modificando a data de início de vigência da lei (“não se aplicando às eleições que ocorrerem até 31 de dezembro de 2017”). Em sua justificativa, indicou dois fundamentos:

[...] hoje, além de o Congresso Nacional ter que respeitar o princípio da anualidade, inscrito no art. 16 da Carta Magna, pelo qual a lei que disciplina o processo eleitoral somente se aplica a pleito que ocorra um ano após sua entrada em vigor. (*sic*) Também temos a segurança jurídica de termos uma lei geral das eleições, que tomou a forma da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

A proposição que ora se aprecia é complexa: tem o mérito de dispor a matéria de modo razoável, no plano histórico; mas implica, no plano conjuntural, uma absurda diferenciação de tratamento para partidos políticos que se colocam em uma mesma situação jurídica. O PSD teve todos os direitos, ao formar-se em 2012, enquanto o partido REDE, liderado pela ex-Senadora e ex-Ministra Marina Silva que se forma em 2013, teria todos os direitos negados.

Em outubro de 2013, após a decisão no MS 32.033, a proposição foi levada a Plenário. No parecer da matéria, o Relator, Senador Aloysio Nunes Ferreira, afirmou a compatibilidade da alteração normativa com o art. 17, § 3º, da Constituição, e também mencionou o princípio da anualidade da lei eleitoral e o princípio do voto popular, nos seguintes termos: “As migrações que ocorrerem entre uma eleição e outra não afetam essa distribuição.

³⁷⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça às Emendas ao Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012**. Relator Deputado Magela. 17 de abril de 2013.

³⁷¹ Os documentos referentes à tramitação legislativa do projeto no Senado encontram-se no site da Casa, no link: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112412. Acesso em 29 de junho de 2014.

Basicamente, prestigia-se o princípio do voto popular na determinação da força de cada partido no Congresso Nacional”.³⁷²

Durante os debates em torno das emendas ao projeto, registrados no Diário do Senado Federal³⁷³, foram mencionadas algumas vezes as finalidades e os fundamentos do projeto. Semelhantemente à Min. Cármen Lúcia, por exemplo, o Senador Eduardo Braga comentou que os partidos ajudam a eleição da maioria dos parlamentares, e que desconsiderar esse apoio significa que “está penalizando duas vezes a representação partidária, enfraquecendo o modelo partidário, enfraquecendo, portanto, a democracia brasileira”.³⁷⁴ O Senador Rodrigo Rollemberg, impetrante do MS 32.033, afirmou que o problema da vigência “é uma questão de princípio, o princípio da anualidade, que precisa ser respeitado em toda a legislação eleitoral”.³⁷⁵ Outros senadores indicaram o problema do excesso dos partidos, dos partidos de aluguel, da falta de ideologia partidária, da ingovernabilidade e de vários outros problemas que envolvem a criação descontrolada de partidos.

6.3.3.1 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade

Não houve menção à técnica da proporcionalidade nos documentos da tramitação do PL nº 4.470/12.³⁷⁶ Isso não significa que não houve menção a princípios. Os parlamentares mencionaram explicitamente três “princípios”: (i) princípio da anualidade da lei eleitoral, que não é verdadeiro princípio, mas regra, segundo uma distinção qualitativa; (ii) princípio do voto popular; (iii) princípio do pluralismo partidário. Além disso, foi possível identificar outras ideias que consubstanciam princípios normalmente aceitos, tais como: igualdade, representação partidária, cidadania, democracia, fidelidade partidária, segurança jurídica.

Também houve menção aos objetivos da nova regulação. Os parlamentares indicaram o problema do excesso de partidos, da criação de partidos sem ideologias marcantes e do fenômeno da “portabilidade da representatividade”. Indicaram expressamente a finalidade de

³⁷² Paracer disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=137859&tp=1>, acesso em 29 de junho de 2014.

³⁷³ BRASIL. Senado Federal. **Diário do Senado Federal**. nº 163, publicado em 08 de outubro de 2013, p. 70.280 et seq.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 70.281.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 70.285.

³⁷⁶ A única menção à proporcionalidade diz respeito à proporcionalidade na distribuição das cadeiras na eleição, equivalente ao sistema proporcional de eleição.

fortalecer o sistema partidário e aumentar a ligação entre o voto popular e a representação parlamentar, sem comprometer, por outro lado, a liberdade de criação partidária e o pluralismo político.

Alguns parlamentares mencionaram alternativas que não puderam ser desenvolvidas. O Senador Wellington Dias, por exemplo, mencionou a cláusula de barreira, anulada pelo STF em decisão constantemente mencionada pela Corte:

Sr. Presidente, eu queria, como Líder do Partido dos Trabalhadores e do Bloco de Apoio ao Governo, de forma muito resumida, dizer que nós tínhamos uma legislação aprovada no Congresso que estabelecia uma cláusula de barreira de 3%. A cláusula de barreira foi anulada. A partir daí, nós passamos a ter outra regra. Nessa regra se fez uma fórmula de distribuição do tempo e televisão e, ao mesmo tempo, a regra sobre a participação de cada partido em relação ao Fundo Partidário.³⁷⁷

De modo geral, porém, não houve, nos pareceres e justificativas, menção a estudos ou medidas alternativas que pudessem tratar do tema de outra forma. Também não houve uma discussão aprofundada sobre a restrição do direito dos novos partidos ao Fundo Partidário e ao direito de tempo de propaganda partidária.

Os parlamentares assumiram que a proibição de que os novos partidos contem com esses direitos sem ter passado por eleições é um meio adequado para impedir a proliferação dos partidos. Ressaltaram que não é o único – alguns defenderam a necessidade de uma reforma política mais ampla, dentre eles o Senador Rodrigo Rollemberg.

Em relação à concretização dos princípios, então, verificou-se que deputados e senadores não apresentaram um raciocínio estruturado conforme a técnica da proporcionalidade. Ao contrário, a ponderação entre os princípios foi feita implicitamente. A seguir, reconstruímos de maneira mais estruturada essa operação.

Primeiro, considerou-se a necessidade de restringir o direito dos partidos criados durante a legislatura à maior proporção do Fundo Partidário e do tempo de propaganda gratuita. Surgiu um conflito entre dois grupos de princípios: de um lado, o pluripartidarismo, a liberdade de criação partidária e a igualdade entre parlamentares; de outro, a representação partidária, o voto popular e a segurança jurídica.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 70.280. A ação mencionada é a ADI 1351/DF, julgada em 7 de dezembro de 2006, na qual o STF considerou inconstitucional a cláusula de barreira.

Segundo, essa necessidade decorreu da constatação pelos parlamentares de uma situação que eles consideraram grave: o comprometimento do sistema partidário e a barganha em torno da criação de novos partidos. A deturpação do pluripartidarismo enfraqueceria a representatividade do Parlamento e daria origem a um interesse social em torno de um Congresso que não apenas correspondesse ao voto dos eleitores, como também oferecesse governabilidade. A finalidade visada para a edição da regulamentação, então, consistiu no fortalecimento dos partidos políticos que se submeteram a eleições, em detrimento daqueles surgidos ao longo da legislatura.

Observe-se que, segundo acusaram alguns parlamentares e defenderam os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, a velocidade na tramitação do projeto de lei demonstrava que havia uma finalidade oculta de impedir a criação do partido REDE Sustentabilidade. Por essa razão, afirmavam que se tratava de uma lei casuística e, portanto, inconstitucional.

Terceiro, fundamentou-se a nova regulação tanto na Constituição, que deixaria ao Parlamento a possibilidade de regular em lei o acesso ao Fundo Partidário e à propaganda gratuita, quanto nos princípios mencionados anteriormente da representação partidária, voto popular e segurança jurídica. Não houve, no entanto, apresentação de alternativas (por meio de propostas de emendas) ao longo da tramitação. As emendas voltaram-se basicamente ao início da vigência da lei.

Caso essa estrutura fosse traduzida para a linguagem da proporcionalidade, tal como apresentada anteriormente, seria possível afirmar que a restrição do acesso ao Fundo Partidário e ao tempo de propaganda gratuita é adequada para fomentar a finalidade de fortalecer o sistema partidário.³⁷⁸ Ela desestimula a criação de partidos sem raízes na população, porque eles terão mais dificuldades para eleger representantes.

Em seguida, os parlamentares teriam a obrigação de verificar alternativas tão eficazes, mas menos restritivas ao direito dos novos partidos. Neste ponto aparece a influência do Supremo Tribunal Federal na reforma política. Alternativas como a proibição de mudança de partidos e a cláusula de barreira aos partidos políticos já tinham sido vetadas em pronunciamentos anteriores da Corte. A própria exclusão dos novos partidos apresentava-se

³⁷⁸ Tomando-se como base uma proporcionalidade estruturada em quatro etapas, seria possível afirmar que o fim visado pelos parlamentares é legítimo. Trata-se de uma finalidade abrigada pela Constituição, que consagra vários princípios que tutelam o sistema partidário.

problemática no contexto da decisão tomada na ADI 4.430/DF, na qual os ministros consideraram violar o princípio da igualdade de chances uma tal restrição.

Finalmente, o legislador deveria considerar, como último teste para fazer sua regulação, se a restrição do direito dos novos partidos não é mais intensa do que a implementação da representação partidária ou do interesse num sistema partidário mais forte. Com vistas a justificar a menor intensidade da restrição, é possível apontar dois argumentos levantados no parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados: primeiro, os novos partidos ainda teriam acesso a 5% do Fundo e 1/3 do tempo gratuito, de acordo com a decisão tomada na ADI 4.430/DF; segundo, os parlamentares migrantes ainda teriam direito a participar do funcionamento congressual (atuação em CPIs, votações, debates, etc.). Assim, a restrição poderia ser considerada de média intensidade, visto que ainda assim o funcionamento dos partidos ficaria prejudicado, enquanto a promoção da representação partidária seria grande, porque garantiria os direitos aos partidos que gastaram dinheiro e se empenharam nas eleições.

Em síntese, o quadro seguinte mostra as respostas às perguntas formuladas:

Quadro 5: Análise ADI 4.430/DF

<i>Questões</i>	<i>Resposta</i>
Houve menção à finalidade da lei?	Sim
Houve menção a princípios e direitos fundamentais?	Sim
Houve menção a conflito entre direitos e necessidade harmonização?	Sim
Houve menção à técnica da proporcionalidade?	Não

Fonte : elaborado pela autora.

6.3.2 Caso do Documento para Votação: o Projeto de Lei nº 5.498/2009

O PL nº 5.498/2009 foi apresentado pelos líderes de todos os partidos, em 30 de junho de 2009, perante o Plenário da Câmara dos Deputados.³⁷⁹ Foi chamado de “minirreforma eleitoral”, porque alterava diversos dispositivos da Lei de Eleições (Lei Federal nº 9.504/97), inovando principalmente no sistema eletrônico de votação. Como visto anteriormente

³⁷⁹ Todo o trâmite legislativo e os documentos mencionados sobre o projeto de lei podem ser acessados no site da Câmara dos Deputados, no link: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>. Acesso em: 29 de junho de 2014.

(capítulo 5), uma das novidades do projeto foi a inclusão do art. 91-A da lei, que fixava a obrigatoriedade para o eleitor de exibir concomitantemente o título de eleitor e um documento com foto no momento de votação. Após a aprovação do projeto, que deu origem à Lei Federal nº 12.034/09, o Tribunal Superior Eleitoral repetiu a obrigatoriedade na Resolução TSE nº 23.218/10, que regulava as eleições daquele ano. Posteriormente, o Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores ajuizou a ADI 4.467/DF contra o dispositivo, vindo o STF a declarar a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de título de eleitor.

A análise da ADI foi feita no capítulo 5. Nesta parte, trata-se de avaliar se o legislador utilizou um raciocínio baseado na proporcionalidade ao elaborar a lei. Para tanto, a pesquisa se vale do histórico legislativo do PL nº 5.498/2009, na tentativa de responder as mesmas perguntas do tópico anterior: (i) qual direito a ser restringido? (ii) qual a finalidade da medida? (iii) qual o fundamento utilizado para a restrição? (iv) houve menção a princípio jurídico? (v) houve menção a colisão de direitos e à forma de solução?

Na justificativa do projeto, os líderes ressaltaram a importância dos objetivos da proposição e o grau de consenso em torno dela. Como relatado, houve preocupação com a falta de regras para diversos pontos do regime eleitoral:

A necessidade de estabelecer regras claras, recuperando o poder normativo do Congresso, fez com que o Presidente da Casa, deputado Michel Temer, e o Colégio de Líderes criassem um grupo de trabalho com a tarefa de definir os vácuos e os pontos de conflito, evitando restrições indevidas ao debate e à propaganda eleitoral. [...] ³⁸⁰

No entanto, não houve nenhuma justificativa específica para a criação do art. 91-A e para a obrigatoriedade da apresentação de título de eleitor e de documento com foto.³⁸¹ Também no parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, Deputado

³⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.498, de 30 de junho de 2009**. “Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”.

³⁸¹ Os próprios autores do projeto enumeraram os principais pontos da proposta. Foram eles: 1) “uso da internet”; 2) “definição do conceito de quitação eleitoral”; 3) “inelegibilidade”; 4) “prazo para julgamento de registro de candidaturas”; 5) “arrecadação de recursos e gastos no começo da campanha”; 6) “débitos da campanha”; 7) “recursos ao TSE”; 8) “prazos para representação”; 9) “estabelecimento do valor da multa em razão do potencial lesivo da conduta praticada em desconformidade com a lei”; 10) “definição mais clara do que caracteriza propaganda eleitoral antecipada”; 11) “bonecos, cartazes, cavaletes móveis”; 12) “pagamento de material impresso”; 13) “maior controle contra campanha ‘suja’ na TV”; 14) “definição de regras para debates”; 15) “agilização do julgamento dos processos”. Como se percebe, a obrigatoriedade de apresentação dos documentos não aparece como um dos pontos de destaque da proposta.

Flávio Dino, não houve considerações detidas sobre a proposta. Além de afirmar que “quanto à constitucionalidade material, o PL também não apresenta vícios, pois não fere qualquer tipo de preceito constitucional”, o deputado ressaltou

[...] a relevância que tem o presente Projeto de Lei, que foi elaborado no mais nobre espírito democrático, com ampla representatividade, contando com sugestões de cada um dos partidos e também da Bancada Feminina nesta Casa. De fato, é inegável a necessidade e a urgência de se proceder à regulamentação minuciosa de cada faceta do processo eleitoral, livrando-o de quaisquer obscuridades e evitando casuísmos gerados pela ausência de legislação. Ademais, alguns temas-chave – como prévias partidárias, propaganda eleitoral na internet, etc. – foram corretamente tratados pelo PL com o intuito de tornar as eleições mais democráticas e adequá-las à realidade atual.³⁸²

Os deputados apresentaram 136 emendas à proposta, nenhuma delas versando sobre o art. 91-A, *caput* – ocorreu a inclusão de uma parágrafo único, que não interessa para os fins desta análise. Novamente, no parecer do Relator sobre as emendas, não houve menção aos objetivos que levaram à criação do artigo:

A preocupação que tive nesse instante de apresentação das 136 emendas, das 8 horas da noite de ontem até este momento, foi exatamente construir um texto que melhore, aprimore, avance, qualifique a legislação eleitoral brasileira, que descriminalize a atividade dos candidatos, sem incorrer em qualquer retrocesso em garantias eleitorais, e também, evidentemente, preocupado com a diminuição dos custos das campanhas e o amplo franqueamento de novos meios de campanha, sobretudo aqueles referentes ao uso da Internet.³⁸³

Aprovado o projeto na Câmara, ele foi encaminhado ao Senado (PLC nº 141/2009).³⁸⁴ Apreciado pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) e pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), novamente o art. 91-A não foi focado no parecer, que detalhou a regulamentação do uso da internet, do voto

³⁸² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 5.498, de 30 de junho de 2009**. Relator Deputado Flávio Dino. 8 de julho de 2009.

³⁸³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça às Emendas ao Projeto de Lei nº 5.498, de 30 de junho de 2009**. Relator Deputado Flávio Dino. 8 de julho de 2009.

³⁸⁴ O histórico legislativo no Senado pode ser encontrado no site da Casa: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92221. Acesso em 2 de julho de 2014.

impresso e do voto em trânsito.³⁸⁵ Conforme o quadro comparativo da redação final dada por aquela Casa, manteve-se o artigo como no projeto inicial.

Em síntese, não houve qualquer menção documentada acerca dos motivos que levaram à inclusão do art. 91-A. Não foi possível verificar qualquer menção aos objetivos, aos meios e a considerações em torno dos princípios jurídicos envolvidos nessa medida. Passa-se a fazer, então, um exercício sobre como seria a aplicação desse raciocínio pelo legislador.

6.3.2.1 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade

Não houve menção à técnica da proporcionalidade nos documentos da tramitação do PL nº 5.498/09. Especificamente sobre a inclusão do art. 91-A na Lei nº 9.504/97, não houve qualquer referência documental aos motivos, meios e princípios envolvidos, nem na Câmara dos Deputados, nem no Senado. A resposta às perguntas propostas, então, não surgem a partir dos documentos consultados, mas de uma tentativa de extrapolação.

Sobre a finalidade da medida, a Min. Ellen Gracie é precisa no diagnóstico do problema ao qual o art. 91-A procurou dar resposta:

Perduram sem solução os projetos de unificação das identidades civil e eleitoral num só documento, no qual poderia constar a foto do eleitor, sua impressão digital, além de outros dados pessoais em chip eletrônico. Por conta desse atraso tecnológico, ainda são recorrentes os casos de eleitores que, criminosamente, votam no lugar de outros, como este ocorrido nas eleições gerais de 2006, noticiado pelo sítio eletrônico O Globo Online em 1º.12.2006:

[...]

Infelizmente, sabemos todos a facilidade com que tem se mostrado possível a utilização do título eleitoral de outrem, com a falsificação da assinatura nele aposta.

5. Foi, portanto, Senhor Presidente, nesse cenário que surgiu no Congresso Nacional, em 30.06.2009, o Projeto de Lei 5.498, iniciado na Câmara dos Deputados mediante a assinatura, na qualidade de coautores, dos líderes de 13 partidos (PMDB, PT, PSDB, DEM, PSB, PR, PP, PDT, PV, PPS, PcdB, PSC e PTC), de apoio e de oposição ao governo - inclusive do líder da

³⁸⁵ BRASIL. Senado Federal. **Parecer Conjunto da Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 141, de 2009**. Relatores Senador Marco Maciel e Senador Eduardo Azeredo. 9 de setembro de 2009.

agremiação política ora requerente, o Partido dos Trabalhadores - e mais da Coordenadoria da Bancada Feminina daquela respeitável Casa Legislativa.³⁸⁶

Assim, o legislador se deparou com um problema claro: como impedir fraudes eleitorais que envolvem a identificação dos eleitores? Precisou encontrar uma solução que permitisse a constatação de que o eleitor presente na seção eleitoral para votar era exatamente a mesma pessoa do registro. Optou por exigir tanto a exibição do título de eleitor (a demonstrar a condição de eleitor daquela seção), como a exibição de documento com foto (a demonstrar a sua identidade). Necessitou, portanto, fazer algum exame de adequação.

A medida, no entanto, poderia vulnerar alguns direitos constitucionais, visto que muitos eleitores poderiam ser impedidos de votar em razão de não portarem o título, especialmente nos lugares mais afastados e pobres. Alternativas ficaram à disposição do legislador. Regulamentações anteriores já previam a apresentação tão somente do título eleitoral (Lei Federal nº 9.301/96) e do título eleitoral ou de documento com foto (Lei Federal nº 6.996/82). Por se tratar de uma intervenção em área de proteção de um direito fundamental (direito ao voto, direito de cidadania), poderia discutir se alguma dessas alternativas se apresentava como necessária, à luz dos prognósticos, no sentido de medida igualmente efetiva, mas menos restritiva. Seria possível, então, que considerasse a mera apresentação de documento com foto na elaboração do art. 91-A, na linha das considerações da corrente vencedora na ADI 4467/DF.

Depois de verificar a medida necessária, os parlamentares poderiam examinar o conflito entre os princípios envolvidos. Poderiam debater se a exigência do título eleitoral com o documento com foto, ou apenas do título, ou apenas do documento, compatibilizaria de uma maneira ótima o grau de satisfação do direito ao sufrágio justo e hígido e o grau de interferência no direito de cidadania e de voto do eleitor. Seria possível, inclusive, aplicar a fórmula do peso, tal como apresentada anteriormente (vide capítulo 3). Ao final, poderiam chegar à conclusão de que a exigência dos dois documentos deveria ser adotada, porque as premissas fáticas em que se ancoravam as críticas eram incertas, ou seja, não seria possível dizer, com certeza, que essa obrigatoriedade violaria direitos das pessoas, mesmo nos lugares mais afastados do país.

³⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI-MC 4.467/DF, p. 11-12.

Como se pode verificar, trata-se de um exercício de argumentação que poderia ser feito pelos legisladores ao debaterem a inclusão do art. 91-A. Se fizessem valorações diferentes, poderiam até mesmo chegar na mesma solução formulada pelo STF por meio da interpretação conforme a Constituição dada à lei. Por outro lado, se demonstrassem os problemas dessas valorações, poderiam sustentar com mais vigor suas próprias opções, gerando um ônus argumentativo muito mais para a Corte ao controlar a constitucionalidade da norma.

O quadro a seguir mostra as respostas às perguntas formuladas, especificamente para o art. 91-A (desconsiderando-se outros artigos da lei):

Quadro 6: Questões art. 91-A

<i>Questões</i>	<i>Resposta</i>
Houve menção à finalidade da lei?	Não
Houve menção a princípios e direitos fundamentais?	Não
Houve menção a conflito entre direitos e necessidade harmonização?	Não
Houve menção à técnica da proporcionalidade?	Não

Fonte: elaborado pela autora.

6.3.3 Caso da Lei de Imprensa: o Projeto de Lei do Senado nº 173/1991 e o Projeto de Lei da Câmara nº 3.232/92

Após a declaração de não recepção da Lei Federal nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) pelo STF, na ADPF 130/DF, as atenções se voltaram para a edição de uma nova lei de imprensa feita sob os marcos da democracia pós-1988. Atualmente, o projeto que congrega todas as propostas de uma nova regulamentação da imprensa é o PL nº 3.232, apresentado na Câmara em 26 de setembro de 1992, e originado no PLS nº 173/1991.³⁸⁷⁻³⁸⁸ Conforme sua ementa, ele “dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”.

³⁸⁷ Estão apensados ao referido projeto de lei, os seguintes projetos: PL 1439/1991; PL 3406/12; PL 276/91; PL 506/91; PL 2270/11; PL 6446/13; PL 3562/04; PL 5322/09; PL 1112/11; PL 2450/11; PL 3523/12; PL 1744/11; PL 7175/2014. A maioria disciplina o direito de resposta.

³⁸⁸ O histórico legislativo do PLS 173/91 pode ser visto no site do Senado, no link: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1513. Acesso em 2 de julho de 2014. O histórico do PL 3.232/92, por sua vez, pode ser visto no site da Câmara, no link: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19319>. Acesso em 2 de julho de 2014.

A análise do PL nº 3.232/92, sob o prisma da proporcionalidade, enriquece as considerações feitas nos casos anteriores. Primeiro, porque ela envolve um claro conflito de direitos fundamentais (liberdade de imprensa contra honra, imagem, dentre outros). Segundo, porque o projeto está em tramitação há vários anos e conta com diversas propostas alternativas. Terceiro, porque nesse ínterim o STF julgou inconstitucional a Lei de Imprensa editada no período da ditadura militar. Os argumentos apresentados pela Corte no julgamento podem, então, influenciar as considerações expostas pelos próprios parlamentares.

Embora não esteja disponível na tramitação do PLS 173/91 a sua justificativa, é possível verificá-la em projetos apensados.³⁸⁹ Dentre eles, destaca-se o Projeto de Lei nº 506, de 1991. A justificativa do Deputado Nilson Gibson merece transcrição nas partes principais:

Ao consagrar no art. 5º a liberdade de manifestação do pensamento, vedando a censura, a Constituição Federal tornou a Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, quase que completamente inconstitucional. Porém, tal inconstitucionalidade não foi até a presente data declarada, nem houve lei que substituísse a "Lei de Imprensa", que ainda permanece em vigor, inobstante fulminada pela inconstitucionalidade.

Basicamente, o presente projeto de lei visa à adequação de uma legislação sobre todos os meios de comunicação ao disposto nos arts. 220 a 224 da Constituição Federal - inclusive as recentes novidades de mercado como a TV por assinatura, a locação de fitas de vídeo.

O presente projeto é balizado pelo atendimento aos princípios constitucionalmente postos. Assim, não permite a censura, mas estabelece os meios legais de defesa da sociedade e da família ao adotar o critério da classificação indicativa da programação por faixa etária.

[...]

Consagra-se, ainda, o princípio da personalização da pena, que é frontalmente desobedecido na legislação de imprensa em vigor, pois estabelece o odioso conceito da responsabilidade penal progressiva. Já Cesare Beccaria, nos primórdios do direito penal moderno, na obra 'Dos delitos e das penas' estabelecia impossibilidade de a pena passar a outrem que não o criminoso. Mas o Brasil ainda abriga em seu ordenamento lei que é contrária a tão essencial direito!

[...]

O projeto regulamenta o direito de resposta, estabelecendo procedimento ágil para seu exercício, sem afastar as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Procura tornar efetiva a indenização, notadamente pelo

³⁸⁹ Constavam como apensados ao projeto, no início da tramitação perante a Câmara, o PL 5960/90; o PL 6045/90; o PL 179/91; o PLS 192/91; o PL 256/91; o PL 276/91; o PL 506/91; o PL 703/91; o PL 750/91; o PL 845/91; o PL 950/91; o PL 1099/91; o PL 1439/91; o PL 1539/91; o PL 2065/91; o PL 2735/92; o PL 2741/92.

dano moral, estabelecendo parâmetros hoje inexistentes para sua reparação.³⁹⁰

Como se pode observar, o deputado mencionou não apenas a necessidade de adequação da regulamentação da imprensa à nova ordem constitucional, como também procurou demonstrar que a proposta conciliava diferentes direitos fundamentais. O mesmo se verifica, por exemplo, na justificativa do PL nº 2.741/92, de autoria do Deputado José Luiz Clerot:

Sem representar compromisso com o texto elaborado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tomo-o e o subscrevo como ponto de partida para o inadiável exame e aperfeiçoamento de uma legislação que deverá ser moderna e consentânea com os fundamentos constitucionais da liberdade de expressão e a correspondente responsabilidade de seus emissores perante a garantia da imagem e privacidade de cada um em particular e que objetivará, ainda, expurgar do corpo legislativo vigente a já famigerada e verberada ‘Lei de Imprensa’.³⁹¹

O parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados segue na mesma linha. Segundo o Relator, Deputado Pinheiro Landim:

A proposta do Senado Federal é, pois, oportuna e representa um enorme passo na construção de uma lei de imprensa e da informação que, ao par de preservar a saúde de uma atividade essencial à democracia, assegurando-lhe completa liberdade para informar, também sirva de garantia aos direitos porventura lesados por eventuais abusos, que reconhecemos ser infreqüentes, mas que, quando ocorrem, podem destruir reputações, comprometer instituições e interferir na vida particular das pessoas. Tal é o poder inerente à imprensa.³⁹²

Em seguida, relata-se a participação de diversos interessados nos debates em torno da lei, por meio de audiências públicas, algumas das quais realizadas em diferentes locais do país. Ao final, a proposta é aprovada com substitutivo.

Importante destacar também o relatório da Comissão de Constituição e Justiça, chamada a se manifestar em torno da constitucionalidade, tecnicidade e juridicidade do

³⁹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 506, de 2 de abril de 2009**. “Dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento e informação e dá outras providências”.

³⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992**. “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”, p. 80-81.

³⁹² *Ibidem*, p. 91.

projeto. De início, o parecer do relator, Deputado Vilmar Rocha, evidencia a necessidade de atender a dispositivos constitucionais como a liberdade de atividade intelectual (art. 5º, IX, da Constituição), o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V), a privacidade, a proteção da imagem e da honra (art. 5º, X), além dos ditames do art. 220. Explica mais adiante que a nova lei de imprensa deve contemplar somente “o direito de resposta, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal”.³⁹³ Sobre esses pontos, faz várias propostas que procuram equilibrar mais as punições civis e penais contra abusos dos órgãos e dos profissionais de imprensa.

É de se ressaltar a apresentação de voto em separado pelo Deputado Nelson Gibson, que utiliza como mote inicial de sua divergência justamente a necessidade de conciliar direitos contrapostos, como a liberdade de pensamento (art. 5º, IV) e a intimidade, privacidade e honra (art. 5º, X). Em suas palavras:

Propositadamente dou como pósticos ou ementa deste VOTO EM SEPARADO, as duas disposições constitucionais que asseguram direitos aparentemente contraditórios, núcleo do dissídio fundamental que se estabeleceu nas discussões sobre o tema.

A liberdade de expressão é de valor inestimável. No seu cerne encontra-se não apenas o desimpedimento e fluxo das idéias, mas, e principalmente, o direito à informação. Este é o valor máximo de que a cidadania é destinatária e titular. Diz-se, com absoluta pertinência, que conhecer é poder.

De outro lado, emerge, com toda energia e potencialidade a proteção que se convencionou chamar de privacidade do cidadão, configurada na tutela da intimidade, da honra e de sua imagem. Proteção que ali não se detém; vai além, para assegurar reparação pelo eventual dano material ou moral, sem prejuízo, inclusive, do direito de resposta.

Não se há de contraditar, então, que a Carta Social de 1988 estabeleceu como princípio inderrogável a liberdade com responsabilidade, em simetria perfeita.

É esse equilíbrio que, no meu entendimento, deve ser buscado à exaustão, sem desfalecimento, sob pena de permitir-se censura velada – que todos repudiam – ou sub-reptícia impunidade – inaceitável no juízo ético da Nação.

Veja-se, também, manifestação em separado do Deputado Matheus Schmidt:

5- Exceções à vedação de censura prévia

³⁹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992**. “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”, p. 129.

À liberdade de manifestação e expressão via jornal, revista, rádio e televisão não pode ser indiscriminada. São limites naturais e, portanto, constitucionais. o respeito à criança, e ao adolescente, a vedação ao anonimato. a vedação aos preconceitos de cor, raça, sexo, religião ou étnica.

A apreensão, portanto, só terá lugar quando violar direitos, reconhecidamente, constitucionais de garantia do cidadão.³⁹⁴

Igualmente interessante, o voto em separado do Deputado Adhemar de Barros Filho:

O palpitante tema abordado pelo projeto de lei em exame – liberdade de imprensa – em verdade congrega dois princípios fundamentais da ordem social moderna, sem os quais não é possível imaginarmos uma sociedade democrática. São eles a ampla liberdade de expressão da imprensa, de um lado, e a defesa da intimidade, da honra e da imagem dos cidadãos no outro extremo, ambos princípios já consagrados no texto constitucional pátrio. Como já foi dito antes, são dois princípios que, *prima facie*, parecem se contradizer, mas cujo equilíbrio, quando alcançado, representa um dos mais indelévels sinais de maturidade a que um ordenamento jurídico pode almejar.

Não é necessário repetirmos aqui a importância, para a estabilidade de qualquer democracia, dos dois citados conceitos. É buscando preservar os dois princípios, através de um saudável equilíbrio, que apresentamos emenda aditiva ao artigo 11 do substitutivo do relator. [...]

Após a decisão do STF na ADPF 130/DF, o tema do direito de resposta ganhou vigor, recebendo diversos projetos de lei que foram apensados ao projeto principal. De toda sorte, o que se verifica globalmente é uma tentativa de conciliá-lo com a liberdade de imprensa, de forma que seja possível punir abusos sem restringir a atividade de informação. Em junho de 2014, o projeto estava na pauta da Câmara para aprovação.

6.3.3.1 Apreciação crítica do uso da proporcionalidade

A análise da tramitação legislativa dos projetos relativos à nova lei de imprensa permitiu a identificação de estruturas muito parecidas com aquelas vistas na análise da ADPF 130/DF (vide capítulo 5). Tal como ocorreu com os ministros no julgamento, os parlamentares também divergiram sobre a necessidade e a forma de proteção da privacidade, da imagem e da honra das pessoas, em conflito com a liberdade de imprensa. O conflito entre

³⁹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992**. “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”, p. 186.

direitos fundamentais foi indicado em várias justificativas de projetos e nas emendas apresentadas.

Dessa forma, é possível afirmar que os legisladores tinham consciência dos princípios constitucionais, alertando inclusive para a não compatibilidade entre a lei de imprensa elaborada durante o período militar e a nova ordem constitucional. Eles sabiam da necessidade de conciliar direitos contrapostos e ressaltaram, mais de uma vez, a importância do equilíbrio e da harmonia entre eles. Nesse sentido, em nada diferiram, por exemplo, de argumentos apresentados durante o julgamento pelo STF.

Também houve menção à proporcionalidade, embora tenha adquirido o sentido de medida, proporção entre ofensa e punição (civil ou penal). Os parlamentares ressaltaram a necessidade de se protegerem os direitos de personalidade das pessoas afetadas pelas opiniões veiculadas na imprensa por meio de punições proporcionais ao agravo, conforme estabelecido pelo próprio art. 5º, V, da Constituição. Verifica-se, portanto, que eles tinham a consciência da vinculação às normas constitucionais e da necessidade de buscar soluções adequadas aos direitos fundamentais envolvidos.

Não houve menção à proporcionalidade como técnica estruturada de solução de conflito entre princípios. No entanto, os testes que compõem a proporcionalidade estiveram implicitamente presentes nas discussões. Embora sem o desenvolvimento teórico de uma teoria geral dos direitos fundamentais, tal como preconizada por Alexy, os parlamentares também buscaram propostas que considerassem adequadas para impedir abusos, cometidos tanto por profissionais da imprensa como por meios de comunicação.³⁹⁵ A apresentação de vários projetos apensados versando sobre o mesmo tema, assim como a quantidade de emendas apresentadas, dão a tônica da busca por medidas alternativas. Muitas vezes, as propostas visavam aumentar a eficácia da punição; outras, procuravam atenuar a restrição à liberdade de imprensa. Por fim, a consciência de que se estava diante de um conflito entre direitos levou a uma tentativa de conciliação entre eles. Isso não foi feito com base numa lei de ponderação alexyana, mas também envolveu a atribuição, mesmo que implícita, de diferentes pesos aos princípios.

³⁹⁵ Reveladora dessa busca por medidas adequadas foi a discordância oposta pelo Deputado Nilson Gibson, no sentido de propor que, respeitando a garantia do sigilo da fonte, a lei punisse a empresa que noticiasse inverdades ou afetasse os direitos de privacidade, honra e imagem das pessoas, visto que haveria sempre um editor ou chefe de redação responsável por filtrar as notícias e conferir a veracidade das informações. Tal proposta não prosperou no parecer do relator da proposta na Câmara e na proposta atualmente em pauta para votação.

Observa-se, por outro lado, que essa tentativa de regulação da imprensa mostra a oposição que o Parlamento faz a interpretações feitas por juristas como o Min. Carlos Britto. Reafirmando o entendimento de seu voto na ADPF 130/DF, ocasião na qual afirmou que a liberdade de imprensa é uma regra e, portanto, deve ser inteiramente aplicada no seu âmbito de proteção, sem possibilidade de exceção que não as estabelecidas pela própria Constituição, o Ministro ressaltou que “a legislação pode vir em matéria de imprensa, mas não em matéria nuclearmente de imprensa, como o tamanho, o conteúdo, a extensão da liberdade de manifestação do pensamento. Isso não pode ser objeto de lei”.³⁹⁶ Por outro lado, vai de encontro a posições contrárias, que não veem a regulação necessariamente como uma censura – é a posição do Min. Gilmar Mendes. Identifica-se, portanto, uma transposição para o Parlamento das mesmas discussões travadas no STF em torno da natureza das restrições à liberdade de imprensa.

Seria possível, então, observar os testes da proporcionalidade também no processo de feitura da nova de imprensa, mesmo que de forma não estruturada. Os parlamentares buscaram soluções adequadas a alguns problemas, dentre os quais se destacam, por exemplo, a responsabilização do profissional que causa dano à imagem, à privacidade ou a honra de outros indivíduos. Propostas relacionadas à quem deveria ser o responsável pela indenização (o jornalista, o editor-chefe, o dirigente da empresa de comunicação) e a como deveria ser fixado o *quantum* indenizatório foram discutidas. Um ponto de divergência, por exemplo, foi a fixação de um limite para a indenização, de modo a impedir a condenação em valores impagáveis pela empresa de comunicação. De um lado, os pareceres das Comissões procuravam eliminar os percentuais máximos e mínimos de indenização, apontando, ao contrário, alguns critérios que balizariam o juiz nessa determinação; de outro, houve quem defendesse a manutenção dos percentuais.³⁹⁷ Uma indenização que leve a empresa de comunicação à falência traduz medida evidentemente inadequada, razão pela qual tais regras ajudam na conciliação entre os direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, a manifestação do Deputado Alberto Fraga ao justificar o PL nº 3.562/2004:

³⁹⁶ Câmara dos Deputados, *Ministro do STF rejeita possibilidade de nova lei de imprensa*, 09/06/2009, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/135980.html>. Acesso em 03 de julho de 2014.

³⁹⁷ Veja-se o parecer da Comissão em contraposição ao voto separado do Deputado Matheus Schmidt. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992**. “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”, p. 188.

O presente projeto tem o escopo de retirar da Lei de Imprensa a previsão de ressarcimento limitado do dano moral, uma vez que tal limitação não encontra respaldo no atual ordenamento jurídico brasileiro, em especial o previsto no art. 5º, V, da Constituição da República.

Revogando-se esses dispositivos, que se mostram inconstitucionais e injustos, a norma atingirá plenamente o seu objetivo, inclusive sobre os limites do arbitramento, já previsto no capítulo próprio daquele diploma legal. O art. constitucional citado é norma de eficácia plena, sem limitação legal, devendo o juiz arbitrar o valor consoante o ordenamento jurídico, nos limites do dano causado, o qual, entretanto, não poderá ser limitado legalmente, mas pelo dano concretamente ocorrido, que é o objetivo do projeto.³⁹⁸

Observe-se que, em termos de necessidade, a discussão em torno do direito de resposta. Diversas propostas foram feitas para tentar regulá-lo, de maneira a tornar a resposta rápida, efetiva e consentânea tanto com a liberdade de imprensa como à proteção à privacidade e à honra. Questões de custo, tempo e dimensão da resposta, possibilidade de retratação, todas elas tiveram alternativas aventadas pelos parlamentares. Muitas das sugestões foram feitas após a declaração de não recepção integral da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). Um exemplo é a divergência em torno da aplicação das regras dos Códigos Civil e Penal, ou da elaboração de uma legislação especial. Defendendo a ineficácia da utilização dos primeiros, frente à maior adequação da segunda alternativa, veja-se a justificativa do Deputado João Arruda ao PL nº 1.112/2011:

Referimo-nos particularmente às regras que disciplinam o direito de resposta do ofendido. Em nosso entendimento, conquanto assegurado no plano constitucional, esse direito necessita de normas infraconstitucionais de organização e procedimento que tornem possível seu efetivo exercício. Consideramos que os Códigos Civil e Penal não têm detalhamento suficiente para a especificidade dessa demanda.

Nesse sentido, o projeto que ora apresentamos à consideração dos ilustres pares tem por escopo tornar possível o que era praticamente inviável sob a égide da Lei nº 5.250, de 1967: impedir que os agravos veiculados pela mídia, em qualquer de suas modalidades, permaneçam impunes. Nesse sentido, presta uma homenagem ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição), ao garantir ao ofendido a possibilidade de apresentar dialeticamente as suas razões, a bem da veracidade das informações, da segurança jurídica e da paz social.

Cumpre esclarecer que a proposição busca dar concretude ao disposto no inciso V do art. 5º constitucional:

Art. 5º

³⁹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992**. “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”, p. 233.

.....

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

.....

E porque a resposta constitui direito fundamental, não se deve admitir obstruções que impeçam o seu pleno exercício. Trata-se de conferir a um direito fundamental a eficácia e a efetividade que dele se esperam, consoante o § 1º do art. 5º da Constituição: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.³⁹⁹

Em relação à ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), remete-se novamente ao exemplo da fixação de indenização exorbitante, que impeça a empresa de comunicação de desenvolver suas atividades. Nesse caso, a afetação de direitos da empresa (liberdade de imprensa e livre iniciativa) se mostraria mais intensa do que a satisfação do direito do ofendido (direito de personalidade, direito de receber a reposição do dano sofrido).

Em síntese, no caso da nova lei de imprensa verificou-se:

Quadro 7: Análise da Nova Lei de Imprensa

<i>Questões</i>	<i>Resposta</i>
Houve menção à finalidade da lei?	Sim
Houve menção a princípios e direitos fundamentais?	Sim
Houve menção a conflito entre direitos e necessidade harmonização?	Sim
Houve menção à técnica da proporcionalidade?	Não

Fonte: elaborado pela autora

6.4 Síntese do capítulo

A análise dos projetos de lei selecionados para este estudo demonstrou que o próprio legislador pode estar consciente dos princípios jurídicos envolvidos e do conflito entre direitos fundamentais. É possível que justifique suas decisões até mesmo de maneira bastante semelhante à fundamentação dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, como verificado no projeto da nova lei de imprensa. A exposição da finalidade da medida restritiva também

³⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992**. “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”, p. 259-260.

pode acompanhar a proposta de várias alternativas de regulação, a facilitar um exame de adequação e necessidade dos diferentes projetos.

O que se procurou evidenciar é que o legislador também é intérprete da Constituição e também lida com colisões de direitos fundamentais. Em sendo a técnica da proporcionalidade a forma mais racional de resolver esses conflitos, o Parlamento também poderia ser um ambiente no qual ela pudesse ser aplicada. Não se está defendendo, evidentemente, que todas as decisões legislativas sejam tomadas com base num exame estrito de proporcionalidade, mas essa ferramenta pode se tornar mais um argumento para embasá-las.

De certo modo, todos os projetos analisados poderiam ter sido discutidos à luz dos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Tanto a previsão de restrição do acesso dos partidos ao Fundo Partidário, como a exigência de título de eleitor para votação, como a nova lei de imprensa, envolvem todos dispositivos que restringem alguns direitos fundamentais para promover outros. Seria possível questionar, por exemplo, se a restrição de acesso ao Fundo Partidário é medida adequada para atingir a finalidade da lei, que é fortalecer o sistema partidário brasileiro. Para quem vê na adequação algo restrito, uma total obtenção dos objetivos, provavelmente a medida não seria adequada. Estar-se-ia sacrificando novos partidos com uma medida que, isoladamente considerada, não obteria o fim desejado. Por outro lado, é inegável que a medida ajuda a fomentar o objetivo, necessitando de outras que a complementem, tal como o combate à oligarquização dos partidos e da personalização do sistema eleitoral.

No tocante à necessidade, seria possível discutir, por exemplo, se a exigência de dois documentos (título de eleitor e documento de identidade com foto) é a medida necessária, dentre as alternativas à disposição do legislador. Esse foi um dos pontos centrais da discussão na ADI 4.467/DF, por exemplo. Considerou-se que a existência da lista de eleitores da seção eleitoral já serviria para identificar o eleitor como pertencente àquela seção, enquanto a exigência de título poderia impedir muitas pessoas de votar simplesmente por não ter o título. Essa medida seria tão eficaz quanto a primeira, mas menos restritiva ao direito ao voto.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, seria possível discutir, por exemplo, se a Lei de Imprensa promove uma otimização adequada dos direitos fundamentais envolvidos. De um lado, haveria uma interferência na liberdade de imprensa. Essa interferência teria que ser compensada, por outro lado, pelo grau de satisfação dos direitos de personalidade. A fórmula do peso, na sua forma mais completa, poderia auxiliar o legislador a fazer essa ponderação. Seria necessário verificar se o grau de interferência (leve, moderado ou

grave), associado ao peso abstrato do direito restringido (pequeno, médio, grande) e ao grau de confiabilidade nas premissas fáticas (duvidosa, plausível e provável) seria compensado pelo grau de satisfação, associado ao peso abstrato e ao grau de confiabilidade nas premissas fáticas do direito promovido, no caso, os direitos de personalidade. Tais considerações poderiam ser realizadas por ocasião do controle preventivo de constitucionalidade nas Comissões de Constituição e Justiça, subsidiadas por estudos de impacto e avaliação normativa, além de assessoria jurídica da própria Casa.

Essas são algumas reflexões que procuram recomendar um novo modo de enxergar o Poder Legislativo e sua relação com a concretização dos direitos fundamentais. O objetivo é fortalecer os juízos feitos pelo legislador, orientado pelas normas constitucionais, e, conseqüentemente, impor maiores ônus ao processo de revisão das leis pelo Supremo Tribunal Federal, que passaria a ter que confrontar o próprio juízo de proporcionalidade do Parlamento.

Desse modo, atende-se à exortação de que “é preciso, cada vez mais, que os governantes ajustem seus projetos políticos à Constituição, e não o oposto. É ela o único parâmetro eficaz de toda atividade pública”.⁴⁰⁰ E se assim é, nada melhor que uma solução constitucional para o conflito entre princípios ocorra logo na elaboração da lei. O primeiro passo deve ser dado no sentido de se exigir uma melhor qualidade de discussão no Parlamento. A efetividade dos direitos fundamentais depende de uma mudança de cultura na própria sociedade, visto que “a força do direito, dos princípios jurídicos, é conferida por fatores culturais que transcendem à sua própria virtualidade normativa”.⁴⁰¹ Assim, uma sociedade que cobra seus parlamentares não apenas força essa mudança de conduta no Legislativo, como pode favorecer o cumprimento da Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais.

⁴⁰⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146.

⁴⁰¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 150.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão da presente dissertação, retomam-se as principais conclusões parciais expostas ao longo do texto:

1. O surgimento de Constituições que incorporaram valores em suas normas, a tentativa de superação de um paradigma legalista de direito e a complexidade dos problemas que passaram a ser responsabilidade do Estado, especialmente do Poder Judiciário, levaram a doutrina a identificar dois tipos de normas jurídicos, as regras e os princípios;

2. Distinções quantitativas (de grau) não explicam as principais diferenças entre regras e princípios. Essas normas são diferentes em razão da sua estrutura lógica e do modo como são aplicadas. Por isso, fala-se que as regras são normas jurídicas que instituem direitos definitivos e se aplicam ou não ao caso concreto, enquanto os princípios instituem apenas direitos *prima facie* que podem ou não serem aplicados ao caso concreto, dependendo do resultado final do conflito com todos os outros princípios incidentes ao mesmo caso;

3. Por conta dessa distinção, o método subsuntivo não serve para aplicação dos princípios. Não é possível fixar uma premissa maior única, porque são vários os princípios que se aplicam a um mesmo caso. A alternativa é utilizar o método do sopesamento, cuja solução é encontrada mediante a técnica da proporcionalidade;

4. A técnica da proporcionalidade é considerada a forma mais racional e estruturada de solução de conflito entre princípios, pois apresenta testes bem definidos para a consideração das circunstâncias fáticas (adequação e necessidade) e para as circunstâncias jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) que determinam a relação de precedência condicionada entre os princípios para um caso concreto;

5. No entanto, não são todos os autores que consideram ser a técnica da proporcionalidade um método racional de aplicação dos princípios. Questionam, principalmente, o fato de envolver juízos subjetivos do aplicador da norma, de não dar conta da incomensurabilidade dos princípios e de não excluir a indeterminação dos princípios;

6. Demonstrou-se, porém, que a proporcionalidade possui pressupostos e uma estrutura bem definida. Conhecê-los é um passo importante para entender por que as divergências ocorrem e saber que isso não decorre de uma mera subjetividade do aplicador. Na verdade, como se buscou mostrar, quatro perguntas podem ser fundamentais para se

entender por que um julgador aplicou ou não a proporcionalidade, e por que dois julgadores que aplicaram a proporcionalidade chegaram a resultados diferentes;

7. A primeira delas pode ser sintetizada da seguinte forma: *os direitos fundamentais ou os interesses envolvidos no julgamento assumem a feição de princípios ou de regras?* Segundo a teoria de Robert Alexy, a proporcionalidade só cabe se os direitos forem entendidos como princípios, caso contrário não haverá conflito a ser resolvido diante do caso concreto, mas regra a ser aplicada (ou não), segundo o método de subsunção;

8. A segunda delas pode ser sintetizada da seguinte forma: *a proporcionalidade pode ser aplicada ao caso?* Mesmo que o julgador entenda que os direitos fundamentais são princípios, ele pode considerar que a proporcionalidade só cabe se o conflito for entre direitos de mesmo *status* constitucional. Caso esteja diante de um conflito entre direitos e interesses públicos, por exemplo, esse julgador pode descartar o uso da proporcionalidade por considerar que os direitos são trunfos que superam interesses não respaldados pela Constituição. Da mesma forma, ele pode entender a proporcionalidade de forma mais restrita, e usar outras técnicas de argumentação, como a razoabilidade e o devido processo legal substantivo, para fundamentar sua decisão;

9. A terceira pergunta pode ser sintetizada da seguinte forma: *como estão estruturados os testes da proporcionalidade e no que consistem?* Divergências podem surgir em torno do número de etapas que compõem a proporcionalidade e no que consiste cada uma delas. Isso não significa que a técnica seja irracional, mas que diferentes julgadores consideram que ela é mais racional de modos diferentes. O que interessa é haver uma justificativa racional para cada uma das etapas. Assim, por exemplo, é possível incluir a apreciação da legitimidade dos fins como uma primeira etapa, como um elemento do teste da adequação ou mesmo excluí-la da proporcionalidade, caso o julgador entenda ser um julgamento valorativo excessivamente subjetivo.

10. A última pergunta pode ser sintetizada da seguinte forma: *quais os valores subjacentes aos argumentos utilizados pelo julgador para fundamentar sua posição?* Mesmo a última etapa da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, é racional, não obstante procure comparar princípios jurídicos. A objeção em torno da incomensurabilidade dos princípios não faz sentido, porque o que se procura é uma forma de compará-los, não de medi-los. Desse modo, o método é racional porque permite verificar quais os valores que embasam a atribuição pelo julgador de determinada importância para a satisfação de um princípio e para a interferência em outro. Em última instância, pode-se discutir a racionalidade

em torno da opção de um juiz por ser mais liberal do que outro, mas não se pode discutir a racionalidade da ferramenta que, utilizada por um juiz mais liberal, é coerente para o resultado final;

11. Optou-se por aplicar essas perguntas a três julgados do Supremo Tribunal Federal que envolveram, de certo modo, um conflito de direitos fundamentais. Extrapolou-se essa análise também para o trâmite legislativo das propostas, de modo a confirmar que a técnica da proporcionalidade é uma forma de resolução de conflito de direitos fundamentais, e não apenas uma forma de decidir ações judiciais.

12. Verificou-se que tanto num caso, como no outro, foi possível identificar divergências e seus respectivos motivos. Mais do que isso, foi possível estruturar um raciocínio para ambos que levasse em conta a estrutura da proporcionalidade em todos os seus testes. O exercício funcionou para todos os casos.

13. A conclusão a que se chega, portanto, é que a técnica da proporcionalidade é, sim, uma técnica racional de solução de conflito entre direitos fundamentais. Tanto é assim, que ela pode embasar até mesmo a atividade do Legislativo, uma vez que decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais. Mais do que isso, ela permite a identificação das divergências e a discussão dos argumentos utilizados para se chegar a uma decisão, seja judicial, seja legislativa.

BIBLIOGRAFIA

ALEINIKOFF, A. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5, abril de 1987.

ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, Junho 2003.

_____. Los Derechos Fundamentales y el Principio de la Proporcionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 91, p. 11-29, Fevereiro/Abril 2011.

_____. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: ALEXY, R.; IBÁÑEZ, P. A. **Jueces y Ponderación Argumentativa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. Disponível em: biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2196. Acesso em: 28 de março de 2014.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução português de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669p.

_____. The Construction of Constitutional Rights. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 1, p. 21-32, 2010.

ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, Julho 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 25 de março de 2014.

_____. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 189-206, Janeiro/Março 2006.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, L. H. C. **O Controle Legislativo de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, 142p.

BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 228 p.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito**

Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 379 p.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOROWSKI, M. La Restricción de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. ano 20, n. 59, p. 29-56, Maio/Agosto 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avulsos ao Projeto de Lei nº 3.232, de 26 de setembro de 1992.** “Dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”.

_____. Câmara dos Deputados. **Emenda nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012.** Deputado Rubens Bueno. 17 de abril de 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012.** Relator Deputado Magela. 17 de abril de 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça às Emendas ao Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012.** Relator Deputado Magela. 17 de abril de 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Projeto de Lei nº 5.498, de 30 de junho de 2009.** Relator Deputado Flávio Dino. 8 de julho de 2009.

_____. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça às Emendas ao Projeto de Lei nº 5.498, de 30 de junho de 2009.** Relator Deputado Flávio Dino. 8 de julho de 2009.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.470, de 19 de setembro de 2012.** “Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica”.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.498, de 30 de junho de 2009**. “Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que “estabelece normas para as eleições”.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 506, de 2 de abril de 2009**. “Dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento e informação e dá outras providências”.

_____. Senado Federal. **Parecer Conjunto da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 141, de 2009**. Relatores Senador Marco Maciel e Senador Eduardo Azeredo. 9 de setembro de 2009.

_____. Senado Federal. **Diário do Senado Federal. nº 163**, publicado em 08 de outubro de 2013, p. 70.280 et seq.

CALCINI, F. P. **Razoabilidade e proporcionalidade das leis**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013. 185f.

CAMARGO, M. O. **Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica. (Monografia de conclusão de curso) Escola de Formação na Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2005. 81f.

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

COHEN-ELIYA, M.; PORAT, I. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, p. 263-286, 2010.

_____. The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law. **San Diego Law Review**, v. 46, p. 367-413, 2009.

CONCI, L. G. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 07/07/2014.

CORTÊS, A. **Jurisprudência dos princípios**: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, J. Os cânones do direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 97, 1988.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DWORKIN, R. Modelo de Regras I. In DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, M. G. **Do Processo Legislativo**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 344p.

FIGUEIREDO, M. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRIMM, D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**, n. 57, p. 383-397, 2007.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 172 p.

KELSEN, H. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KHAMIS, R. B. M. **Da Proporcionalidade à Razoabilidade: entre a técnica e o princípio**. (Tese) Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. 169f.

KHOSLA, M. Proportionality: An assault on human rights?: A reply. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, p. 298-306, 2010.

KLATT, M.; MEISTER, M. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, p. 678-708, 2012.

MACHETE, P.; VIOLANTE, T. **O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal. Roma: Tribunal Constitucional de Portugal, 2013. p. 1-80.

MARTINS, L. Introdução. In SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução para português de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, 993p.

MARTINS, L. Proporcionalidade como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 15-45, Julho/Dezembro 2003.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, C. H. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 200p.

MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB Jurisprudência**, n. 12, p. 362-372, Julho 2000.

MÖLLER, K. Balancing and the structure of constitutional rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, p. 453-468, Julho 2007.

MORAIS, C. B. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Verbo, 2007, 703p.

MORAIS, F. S. D. **Hermenêutica e Pretensão de Correção: Uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. (Tese) Doutorado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. 344f.

NUNES, R. **Manual da Monografia Jurídica**. Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 5 ed. Revista, atualizada e reformada. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, B. R. **O Uso da Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**. (Dissertação) Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. 112f.

PULIDO, C. B. Estructura y limites de la ponderación. **Doxa – Cadernos de Filosofia del Derecho**, n. 26, 2003, p. 5-33.

_____. La racionalidad de la ponderación. In CARBONELL, Miguel (ed.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 43-68.

_____. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? **Doxa – Cadernos de Filosofia del Derecho**, n. 30, 2007, p. 273-291.

ROTHENBURG, W. C. **Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem com acréscimos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

SCHLINK, B. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here? **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 291-302, 2012.

SCHMITT, C. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins; Tradução para português de Beatriz Henning *et al.* Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, 993p

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, R. B. D. **Manual de direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

SILVA, V. A. da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, p. 273-301, 2011.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 23-51, 2006.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380.

_____. Princípio e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUPREMA CORTE. **District of Columbia et al v. Heller**. 554 U.S 570. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF**. Rel. Min. Carlos Britto. j. 30/04/2009.

_____. **Mandado de Segurança nº 32.033/DF**. Relator Min. Gilmar Mendes, Relator para acórdão Min. Teori Zavascki. j. 20/06/2013.

_____. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4467/DF**. Rel. Min. Ellen Gracie. j. 30/09/2010.

TRÍAS, E. R.; RUIZ, M. A. A. **Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudência Constitucional Española**. XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Itália, Portugal e Espanha. Roma: Tribunal Constitucional da Espanha. 2013. p. 2-38.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. **Acórdão nº 632/2008**. Declara a inconstitucionalidade do art. 112 (1) do Código de Trabalho, na revisão aprovada pelo Decreto nº 255/X da Assembléia da República. Julgado em 23/12/2008. 2008.

TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, Maio 2009.

_____. Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 2, p. 307-310, 2010.