

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

**A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL: ORIGEM, MODELOS E  
RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA**

TESE DE DOUTORADO  
ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DR. ELIVAL DA SILVA RAMOS

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO - SP  
2015

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

**A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL: ORIGEM, MODELOS E  
RECONSTRUÇÃO DOGMÁTICA**

Tese apresentada a banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do professor titular Elival da Silva Ramos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
SÃO PAULO - SP  
2015

**Banca examinadora**

---

---

---

---

---

Para Fabiana, com amor.

L'archer qui outrepassa le blanc faut,  
comme celui que n'y arrive pas. Et les  
yeux me troublent à monter à coup vers  
une grande lumière également comme à  
dévaler à l'ombre (Montaigne, *Essais*).

## **Agradecimentos**

Tenho muito que agradecer. Pela ajuda, compreensão, atenção, conversas e conselhos. Pelos amigos e companheiros. Pelo que os últimos três anos representaram. Aos meus orientadores, agradeço. Professor Elival da Silva Ramos, que, desde meu mestrado, quando me acolheu na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, acreditou e incentivou a elaboração deste trabalho, sem nunca ter deixado de cobrar, com seriedade e serenidade acadêmicas, por resultados e qualidade da pesquisa. Professor Ralf Poscher, por ter me acolhido na Albert-Ludwigs Universität de Freiburg, por ter visto nesta pesquisa um potencial que nem eu mesmo via, por ter me aconselhado e ensinado os caminhos de um tema tão tortuoso e cheio de meandros quanto o aqui abordado, por estar sempre presente, sempre que precisei de ajuda e tive dúvidas, que não foram poucas. A ambos, não tenho como agradecer por tudo o que fizeram por mim.

Aos meus colegas e amigos de pós-graduação da Universidade de São Paulo, Guilherme Forma Klafke, Carlos Alckmin Dutra e Carlos Alberto Navarro Perez, pelas conversas, discussões e cafés filosóficos, que dominavam nossas tardes de sexta-feira e aguçaram nosso olhar crítico sobre o direito constitucional. À secretaria do departamento de pós-graduação, sobretudo à Fatima, que auxiliou em todos os detalhes para a aprovação da bolsa de doutorado sanduíche. Devo e peço até mesmo desculpas pelos transtornos, pela insistência e pelas cobranças nos meses críticos que antecederam a aprovação do auxílio. Aos professores Roger Stiefelmann Leal e José Levi Mello do Amaral Junior, por terem mais uma vez participado da banca de qualificação de meu trabalho. Enfim, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), não só pela bolsa que me foi concedida, como também pelo profissionalismo e atenção que me foi dada.

Devo agradecimentos ao meu querido amigo e professor Roberto Dias Baptista da Silva, que me acompanha há quase uma década em minha jornada acadêmica, sempre me incentivou e agora compartilha a autoria de algumas publicações. Parece haver alguma forma de ligação mental entre nós dois, porque, mesmo discordando das premissas, sempre concordamos com as soluções. Tenho de agradecer também a todos os colegas de trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sobretudo ao Renato, ao Heitor, ao Luís Guilherme, ao Derly e ao João e também a todos os alunos e orientandos que sofreram em minhas mãos nos últimos anos.

Para Freiburg envio milhares de agradecimentos. A todos que me receberam naquele inverno frio na Universidade de Freiburg. Frau Sabinne Bennemann, que, desde minha chegada, sempre estava preocupada e perguntava se estava adaptado, se não me faltava nada, se não aceitava um café. Professor Martin Hochhutt, sempre tão atarefado, mas também receptivo e interessado pelas coisas do Brasil. Professor Matthias Jestaedt, compreensivo com meus medos e falhas na apresentação do seminário sobre Kelsen e Hart, nunca esquecerei dele dizendo: *Ruhe Herr Laurentiis, du hast Zeit*. A ele agradeço por ter me aberto os olhos para uma nova forma de ver a teoria do direito. Devo também um agradecimento especial a Benjamin Rusteberg, pelas longas conversas e conselhos. Pelos livros e textos emprestados. Pela leitura crítica de meu projeto e pela discussão de ideias. Por me fazer ver que o direito constitucional alemão tem muitos caminhos. Do Instituto Max Planck de Freiburg, agradeço também a todos os que me acolheram, sobretudo à Frau Johanna Rinceanu, que me acolheu no Instituto e a todo o pessoal que trabalha na biblioteca, que me guiaram naquele labirinto.

Meus agradecimentos especiais a meus amigos e colegas de Faculdade e Instituto. Marcio Mafra, Eduardo Vandré e Rodrigo Cadore, nosso círculo, que nunca sairá do meu pensamento nem de minhas lembranças. Pelas discussões jurídicas, teóricas, filosóficas e políticas incansáveis nas noites a fio regadas a vinho, risadas, comida, música e muita alegria. Por terem me feito ver que a vida em conjunto é desproporcionalmente superior à solidão e que o verdadeiro pensamento se constrói com o outro. Aos meus amigos e colegas de trabalho no Instituto, Leonardo Zaninni, João Gouveia de Caires, Cléssio Moura de Souza e principalmente ao Marcelo de Almeida Ruivo, pelas conversas e cafés, pelas discussões e conselhos, pela ajuda com a bibliografia e pelas cervejas no final do dia. Todos vocês, cada um de sua forma e com cada um de seus atos, foram importantes para a elaboração desse trabalho. A todos os amigos que fiz na Alemanha, Gustavo, Matheus, Rinucchia, Camila, Ana, Vanessa, Fabrício. Meus agradecimentos.

Não posso me esquecer do casal Nawrot. Lisa e Manfred foram nossos, meu e de minha mulher Fabiana, senhorios, amigos, padrinhos, conselheiros, guias e tradutores. Foram eles quem nos incentivaram a caminhar pela floresta negra, andar mais de bicicleta, frequentar as festas típicas e participar da vida alemã. Naquele tempo, foram nossos pais. Pelos almoços, jantares, cafés, ovos de páscoa, presentes e árvores de natal. Pela emoção e companheirismo diário. Pelas lágrimas nos dias difíceis e por terem nos mostrado o lado carinhoso, sentimental até, que se esconde lá no fundo do coração alemão.

Aos queridos amigos de ontem e sempre, que me visitaram naquela terra fria, mas cheia de festas e também festejaram com a volta ao Brasil. Ao Matheus, Lucas e Douglas de Almeida, ao Ricardo Oliveira e Eduardo Soares, ao Juliano Bicas, ao Günther Friedrich e ao Bernardo Simão, Bruno Andrioli, Márcio Mimessi, Marcos Sanctis e Eduardo Evangelista. Amizades que nunca se vão.

Tenho, enfim, de agradecer à minha família, por ter estado sempre ao meu lado, mesmo no ano que me afastei. Ao nosso mais novo integrante, Henrique Galcowikz, que faz minha irmã Thais ainda mais feliz e cada dia mais bonita. À Thais De Laurentiis e agora também Galcowikz, que é meu exemplo de competência. À minha timumu, Bruna Catib De Laurentiis, que é meu orgulho e alegria de viver. Aos meus pais, Tânia Catib De Laurentiis e Carlos Eduardo Ferraz De Laurentiis, que, mesmo nos dias mais difíceis, com calma, força, determinação e muito amor, foram nossos exemplos e nos deram sustentação para seguir em frente. Aos meus queridos sogros e cunhados, Flávia, Ricardo, Felipe e Victória Baracchini, que também atravessam momentos difíceis sem perderem a ternura. Todos vocês têm a minha mais profunda admiração. Por isso, lhes devo agradecimentos.

À minha querida Fabiana Baracchini De Laurentiis, meu amor. Pelo convívio, pelo companheirismo, pelas conversas e risadas, pelos filmes e seriados, pelas caminhadas em caminhos desconhecidos, florestas e montanhas, lugares, estradas e ferrovias diferentes, culturas e línguas que conhecemos juntos, felicidade que tivemos, temos e sempre teremos. Agradeço, por ser meu apoio diário, por ter me acompanhado até o outro lado do mundo, por partilhar comigo alegrias e tristezas, por ser quem você é. Essa tese também é sua.



## **Resumo**

Lucas Catib De Laurentiis. A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática. 250 páginas. Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. Janeiro de 2015.

O trabalho aborda o modelo constitucional da proporcionalidade. Expõe a origem e as transformações desse teste, passando pelo direito policial prussiano, por suas primeiras manifestações na jurisprudência constitucional alemã até chegar ao modelo geral da proporcionalidade, que, integrando a ponderação, foi apresentado ao mundo como a estrutura argumentativa que realiza e concentra o maior grau possível de racionalidade jurídica. Com essa feição, a proporcionalidade foi integrada ao direito brasileiro e transformou o modelo antes aplicado no país, que, tal qual o modelo prussiano, era centrado na noção de defesa. São apresentados os problemas jurídicos e argumentativos dessa transformação da proporcionalidade, que tende a consumir as demais funções dos direitos fundamentais e a anular as características dogmáticas dessas normas. Centrada na análise de precedentes da jurisprudência constitucional, a exposição demonstra como a generalização do conceito e da aplicação da proporcionalidade está relacionada à perda dos contornos dogmáticos dos direitos fundamentais. Aborda a tentativa formulada pela teoria dos princípios de racionalizar a proporcionalidade e assim contornar os paradoxos gerados pela aplicação descontrolada da prova. Explora as falhas e apresenta críticas ao modelo proposto pela teoria dos princípios, que não consegue apresentar soluções para os problemas da ponderação de princípios e valores. Com fundamento na distinção entre teoria e dogmática constitucional e em recentes decisões da jurisprudência constitucional alemã, que já apresentam reflexos na literatura, o trabalho propõe uma alteração nos pressupostos teóricos e práticos da proporcionalidade. Dois fundamentos guiam esse processo de reconstrução. O primeiro é o redirecionamento da prova à sua função de defesa dos direitos fundamentais. Isso faz com que o teste readquira seus contornos dogmáticos, mas também limita seu âmbito de aplicação. O segundo é sua correlação com os conteúdos normativos dos direitos fundamentais restringidos pela atividade estatal. A tese apresenta um modelo da prova que é sensível às peculiaridades jurídicas de cada direito fundamental. Com isso, a proporcionalidade passa a ter orientação normativa e conteúdo material. E os testes que a compõem têm de ser também redirecionados e reconfigurados em função de tais mudanças de pressupostos.

## **Abstract**

Lucas Catib De Laurentiis. Proportionality in constitutional Law: origins, models and dogmatic reconstruction. 250 pages. PhD. Faculty of Law. São Paulo University. São Paulo. January 2015.

This work addresses the constitutional model of proportionality. It exposes the origins and transformations of this test, passing by the Prussian police law, through its earliest disclosures in the German constitutional jurisprudence until finally reach the general model of proportionality, which, incorporating balancing, was presented to the world as the argumentative structure that performs and concentrates the greatest possible degree of legal rationality. With this feature, proportionality was integrated into Brazilian constitutional law and has transformed the model previous applied in this country, which, like the Prussian model, was centered on the concept of defense. It presents the legal and argumentative problems of such a transformation of proportionality, which tends to consume other functions of fundamental rights and to nullify the dogmatic characteristics of these standards. Focusing on the analysis of constitutional jurisprudence, the work demonstrates how this generalization of proportionality's concept and its implementation is related to loss of dogmatic contours of fundamental rights. Furthermore, the work addresses the attempt of the principles theory to rationalize proportionality and to avoid the paradoxes generated by the uncontrolled application of this test. It explores the failures and presents critics to the model proposed by this theory that cannot provide solutions to disputes involving the weighting of principles and constitutional values. Based on the distinction between theory and constitutional dogmatics and on recent decisions of the German constitutional jurisprudence, which already have reflections in the literature, the work proposes a change in the theoretical and practical assumptions of proportionality test. Two reasons guide this reconstruction process. The first of them lies in the redirection of the test to its defense function of fundamental rights. On this ground the test recovers its dogmatic contours, but this also limits its scope. The second is its correlation with the normative content of fundamental rights, which are restricted by state action. The thesis presents a model of the test that is sensitive to the legal peculiarities of each fundamental right. By this way, proportionality regains on normative orientation and substantive content. Finally the tests that are encompass by proportionality must also be redirected and reconfigured according to such changes in its assumptions.

## Résumé

Lucas Catib De Laurentiis. La proportionnalité dans le droit constitutionnel: sources, modèles et reconstruction dogmatic. 250 pages. Doctorat. Faculté de Droit. Université de São Paulo. São Paulo. Janvier 2015.

Le travail aborde le modèle constitutionnel de la proportionnalité. Il expose l'origine et les transformations de ce test, en passant pour le droit policier prussien, par ses premières manifestations dans la jurisprudence constitutionnelle allemande jusqu' arriver au modèle général de la proportionnalité qui, en intégrant la pondération, fut présenté au monde comme la structure argumentative que réalise et concentre le plus grand degré possible de rationalité juridique. Avec cette version, la proportionnalité fut intégrée au droit brésilien et elle a transformé le modèle précédent de ce pays-ci que comme le modèle prussien, était centré dans la notion de défense. Les problèmes juridiques et argumentatifs sont présentés dans cette transformation de la proportionnalité qui a une tendance de consumer les autres fonctions des droits fondamentaux de proportionnalité et à annuler les caractéristiques dogmatiques de ces normes. Centré dans une analyse de précédents de la jurisprudence constitutionnelle, l'exposé démontre comme la généralisation du concept et de l'application de la proportionnalité est rapportée à la perdre des contours dogmatiques des droits fondamentaux. Le travail aborde la tentative formulée par la Théorie des principes de rationaliser la proportionnalité et ainsi contourner les paradoxes créés par l'application sans contrôle de cette preuve. Il exploite les fautes et présente critiques au modèle proposé par la théorie des principes qui n'arrivent pas à présenter solutions pour les problèmes de la pondération des principes et valeurs. Fondé dans la distinction entre théorie et dogmatique constitutionnel et en nouvelles décisions de la jurisprudence constitutionnelle et allemande qui ont déjà réflexes dans la littérature, le travail propose une modification dans les présupposés théoriques et pratiques de la proportionnalité. Deux fondements conduisent ce processus de reconstruction. Le premier c'est la réorientation de la preuve à sa fonction de défense des droits fondamentaux. Ça fait que le test rétablisse ses contours dogmatiques, malgré son champ d'application soit aussi limité. La seconde c'est sa corrélation avec les contenus normatifs des droits fondamentaux, qui soient restreints par l'activité de l'État. La thèse présente un modèle de preuve qui est sensible aux particularités juridiques de chaque droit fondamental. De cette façon, la proportionnalité passe à avoir une orientation normative et un contenu matériel. Et les tests qui font partie de ce test ont besoin d'être aussi redirigées et remis en fonction de ces changements de présupposés.

## **Zusammenfassung**

Lucas Catib De Laurentiis. Die Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht: Ursprung, Modelle und dogmatische Rekonstruktion. 250 Seiten. Promotion. Juristische Fakultät. São Paulo Universität. São Paulo. Januar 2015.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem Verfassungsmodell der Verhältnismäßigkeit. Es stellt den Ursprung und die Wandlungen dieses Tests dar, vom preußischen Polizeirecht und seinem frühesten Auftreten in die deutsche Verfassungsrechtsprechung bis zur Schaffung des allgemeinen Modells der Verhältnismäßigkeit, das um der Abwägung in sich einzufügen, der Öffentlichkeit als argumentative Struktur, die die größtmögliche Grad an Rationalität präsentiert und konzentriert, vorgestellt wurde. Mit dieser Funktion wurde die Verhältnismäßigkeit ins brasilianische Verfassungsrecht integriert und hat das Vorgängermodell dieses Landes, das wie der preußische Modell auf dem Begriff der Abwehr zentriert wurde, umgewandelt. Die argumentativen Probleme einer solchen Veränderung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die dazu neigt, andere Funktionen von Grundrechten zu verzehren und die dogmatischen Eigenschaften dieser Vorgaben aufzulösen, wurden vorgestellt. Mit Hinblick auf der Verfassungsrechtsprechung zeigt die Arbeit, dass die Verallgemeinerung des Konzepts und Umsetzung der Verhältnismäßigkeit zum Verlust der dogmatischen Konturen der Grundrechte beitragen. Darüber hinaus befasst sich die Arbeit mit dem Vorschlag der Prinzipientheorie, die Verhältnismäßigkeit zu rationalisieren und dadurch seine die unkontrollierte Anwendung verursachenden Widersprüche zu vermeiden. Die Fehler dieser Theorie wurden untersucht und die Arbeit stellt eine Kritik dieses Modell fest, da es keine Lösung der Schwierigkeiten der Abwägung beibringt. Angesichts der Trennung zwischen Theorie- und Dogmatik und der jüngsten Verfassungsrechtsprechung, die bereits Überlegungen in der Literatur mitgebracht haben, schlägt die Arbeit eine Änderung in der theoretischen und praktischen Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit vor. Dieser Prozess hat zwei Gründe. Der erste liegt in der Wiederleitung des Tests nach seine Abwehrfunktion. Aus diesem Grund bekommt er seine dogmatischen Konturen wieder, aber seine Anwendungsbereich wird auch dazu begrenzt. Der zweite Grund liegt in der Korrelation mit dem normativen Gehalt der Grundrechte, den durch staatliches Handeln beschränkt wird. Die Arbeit schlägt ein Modell des Tests vor, der empfindlich auf die Besonderheiten der jeweiligen Grundrecht ist. Damit gewinnt er an normative Orientierung und materiellen Inhalt. Schließlich wegen dieser Grundlagen müssen die Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit auch umgeleitet und neu gestalten werden.

## **Abreviaturas**

*ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade*

*ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade*

*ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*

*AcP – Archiv für die civilistische Praxis*

*AöR – Archiv des öffentlichen Rechts*

*ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*

*BVerfGE – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*

*BVerwG – Bundesverwaltungsgericht*

*BayVBl – Bayerischen Verwaltungsblätter*

*CF – Constituição Federal brasileira*

*Der Staat - Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte*

*DÖV – Die öffentliche Verwaltung*

*DVBl – Deutsches Verwaltungsblatt*

*EuGRZ – Europäische Grundrechte-Zeitschrift*

*GG – Grundgesetz*

*HC – Habeas Corpus*

*IF – Intervenção Federal*

*JA – Juristische Arbeitsblätter*

*JRP – Journal für Rechtspolitik*

*JZ – Juristenzeitung*

*JuS – Juristische Schulung*

*JURA – Juristische Ausbildung*

*NJW – Neue Juristische Wochenschrift*

*NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*

PrOVGE – *Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*

RDA – *Revista de Direito Administrativo*

RE – *Recurso extraordinário*

Resp – *Recurso especial*

Rp – *Representação de inconstitucionalidade*

RW – *Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*

STF – *Supremo Tribunal Federal*

STJ – *Superior Tribunal de Justiça*

VVDStRL – *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*

VRÜ – *Verfassung und Recht in Übersee*

ZÖR – *Zeitschrift für öffentliches Recht*

ZBJV – *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*

ZRP – *Zeitschrift für Rechtspolitik*

ZSR – *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*

ZUM – *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*

## Índice

A. Introdução.....	17
B. Questões metodológicas e proposta de trabalho .....	20
I. Limites e objeto da metodologia.....	20
II. A distinção entre dogmática e teoria constitucional.....	29
III. Perspectivas teórica e dogmática da proporcionalidade .....	36
C. Origem e desenvolvimento da proporcionalidade .....	41
I. A proporcionalidade no direito policial prussiano.....	47
II. Transição para o direito constitucional .....	49
III. A proporcionalidade no Tribunal Constitucional alemão .....	52
a. Igualdade de chances, ponto de partida .....	53
b. Lüth, ponto de transição .....	62
c. Apotheke, consolidação do modelo .....	68
d. O percurso de formação e de suas consequências .....	76
IV. O Brasil dos anos 50 e cinquenta anos depois .....	82
a. Jurisprudência e terminologia .....	82
b. Origem no modelo de defesa .....	85
c. Liberdade de profissão, ponto de transição.....	92
d. Mergulho no modelo da ponderação .....	98
V. Teoria dos princípios, ponto de intersecção .....	108
a. Descendo ao ponto zero científico e dogmático .....	113
b. Teoria sem objeto, dogmática sem orientação.....	118
c. Transformação e dissolução da proporcionalidade.....	124
VI. Caminho da reconstrução e reabilitação da prova .....	141
D. Projeto dogmático de reconstrução .....	146

I. Características da prova e seu âmbito de aplicação .....	146
II. Questões estruturais ou de sistematização.....	152
a. Da racionalidade ao equilíbrio estrutural .....	153
b. Incorporação da legitimidade dos fins e meios.....	158
c. Autonomia ou incorporação da razoabilidade .....	164
III. Adequação da medida restritiva .....	171
a. Características e questões da prova.....	171
b. Proposta de reconstrução .....	173
IV. Necessidade da intervenção .....	182
a. Novas questões terminológicas.....	182
b. Características e questões da prova .....	185
c. Proposta de reconstrução .....	188
V. Proporcionalidade em sentido estrito .....	200
a. Proporcionalidade contra necessidade .....	200
b. Características e questões da prova .....	203
c. Proposta de reconstrução .....	206
E. Conclusões .....	214
Bibliografia .....	220



## A. Introdução

Há diferentes formas de se abordar um conceito. Descrever suas características e contornos, apresentar seus pressupostos, analisar seu funcionamento e lógica internas, são todas operações teóricas destinadas ao mesmo fim: expor, com clareza e detalhamento, um conceito ou noção. Os resultados, que se espera alcançar com tal procedimento, são a universalização de sua compreensão e a facilitação de sua aplicação. Mas muitas vezes essas operações são insuficientes, não para gerar uma compreensão coerente do objeto pesquisado, mas para dar conta de sua complexidade intrínseca. Noções e técnicas jurídicas também têm vida e história própria e mergulhar nelas é também se perder em um emaranhado de opiniões, afirmações, teorias e aplicações de uma mesma ideia, que, dessa forma, é alterada no tempo e no espaço. Com isso, a identidade conceitual tende a se perder na multiplicidade de teses e argumentos, muitas vezes contraditórios, a respeito de um mesmo objeto. Algo semelhante foi o que encontrei no início dessa pesquisa. Proporcionalidade é o nome ou conceito, que em sua superfície indica simplesmente aquilo que existe conforme a razão e justa medida. Esteticamente, o proporcional é indicação de perfeição e harmonia das partes que compõem uma obra. Assim, o Davi de Michelangelo ou a Gioconda de Leonardo são obras belas porque sua composição segue uma lógica geométrica e buscam atingir um grau máximo de perfeição. Proporcionalidade é um ideal.

Mas quando o pensamento é confrontado com conceitos tão amplos e abstratos, ele tende a se perder em generalizações e discussões sem fim. Quais os termos, os parâmetros, as unidades de comparação, a medida, o objetivo, os critérios, as qualidades, as grandezas, os interesses, os direitos ou valores, que são ou podem ser ditos proporcionais, são as questões que vêm imediatamente à mente de quem pergunte: o que proporcionalidade? Como que em um labirinto que multiplica as possibilidades de respostas, essa questão poderia ser multiplicada e replicada. Afinal, do que estamos falando? De uma ideia, técnica, instrumento jurídico, ou simplesmente de um estado ideal que se deseja alcançar, mas que se sabe nunca poder ser atingido? De que serve afinal falar, descrever ou teorizar a respeito da proporcionalidade, se o proporcional é, por definição, aquilo que serve de medida e parâmetro de aferição de todas as coisas? E não haveria aqui uma duplicação desnecessária de conceitos e descrições, pois, nela mesma, a proporcionalidade já é um

instrumento de descrição e aferição de termos e medidas e, quando se mede e se delimita seu conceito, o que se quer é tornar a proporcionalidade proporcional a ela mesma?

Afaste a teoria e concentre-se no direito. Esse conselho poderia ser o norte do desenvolvimento de uma pesquisa destinada a apresentar o conceito e as feições jurídicas e constitucionais, não as filosóficas, da proporcionalidade. Mas essa diretriz tem poucos ou nenhum resultado quando o próprio direito incorpora ideias teóricas e filosóficas, ainda mais quando o veículo dessa incorporação é a própria proporcionalidade. Ironicamente, quando isso ocorre, o raciocínio jurídico tende a se tornar uma repetição sem limites de fórmulas e termos que buscam captar aquela ideia elementar, o ideal da proporção, que nunca pode ser inteiramente atingida. A proporcionalidade se identifica então com a razão jurídica em si mesma. Ela é o começo, o meio e fim do direito e não há como descrevê-la sem novamente se perder em generalizações. Paralisado e sem orientação, o pensamento tende a se fechar nele mesmo. Simplesmente descreva a estrutura lógica, as condições de possibilidade e as características do conceito. Apresente o direito em sua forma. Era esse o caminho que se apresentava a essa pesquisa. Sua concepção e desenvolvimento seguiriam a via da racionalização e do encadeamento lógico. E a pergunta a ser aqui respondida seria: como é possível tornar o conceito da proporcionalidade mais racional? É a mesma via da busca incessante da perfeição. Para isso, seria necessário apresentar essa noção em suas características elementares e em seus detalhes mais específicos. Quantos testes ou sub-testes a compõem, onde está seu fundamento, quais são os critérios específicos que devem ser aplicados em cada um desses passos, enfim, quais as opiniões a favor ou contra de tal configuração da prova? Ao desenvolver e abordar essas questões, o trabalho seria simplesmente um exercício de lógica argumentativa. Quanto mais limpo, coerente, pormenorizado e detalhado o desenvolvimento dessa descrição, maior a chance de êxito em se alcançar o almejado ideal de perfeição. Proporção e harmonia internas que indicariam a proximidade entre o plano de trabalho e seu objetivo: afinal, um trabalho sobre a proporcionalidade tem de ser, ele mesmo, proporcional.

Foi então que me foi apresentado um texto que fez mudar os rumos dessa pesquisa. Nele, Ernst-Wolfgang Böckenförde explora os problemas de um pensamento e de uma dogmática jurídica centrada em noções abstratas e generalizantes como limites, colisões e ponderações de valores e direitos fundamentais. Seu questionamento: não há uma outra via que seja mais concreta e menos geral, que dê valor à argumentação sistemática e lógica, mas que condicione essas metodologias a parâmetros normativos criados pela própria

Constituição, que, enfim, volte suas atenções para os direitos e suas configurações e só subsidiariamente para as técnicas e instrumentos jurídicos destinados a sua tutela? Ele apresenta essa via alternativa. Nela, os direitos fundamentais não são mais considerados princípios ou valores e sua feição jurídica deve ser trabalhada com base em parâmetros abstratos e normativos de argumentação. Cada direito passa então a apresentar, novamente, requisitos específicos para a intervenção em seu conteúdo e a justificação das medidas interventivas também são diferenciadas em função da configuração do direito fundamental afetado. Com maior precisão e seguindo parâmetros jurídicos de orientação, a dogmática dos direitos fundamentais pode ser redirecionada às suas características mais elementares: esses direitos, sua configurações e pressupostos deixam de ser noções gerais e abstratas e voltam a ser considerados como respostas concretas a perigos e pressões sofridas no decorrer da história por grupos e indivíduos igualmente concretos e determinados.<sup>1</sup> Direitos fundamentais não são mais princípios e não estão sujeitos à ponderação. Eles voltam a ser parâmetros específicos de proteção.

Essas ideias mudaram os rumos dessa pesquisa. Redirecionar e reconfigurar a proporcionalidade com base nesses mesmos pressupostos. Tornar a prova mais concreta, específica, livre de generalizações. Apresentar um modelo que seja estritamente voltado à dogmática constitucional. Esses foram seus objetivos. Para isso, até mesmo a composição das partes do trabalho teriam de ser alteradas. Não importava mais a busca incessante pela perfeição racional. O objetivo seria indicar as condições em que a prova foi concebida, suas funções, como ela foi aplicada, modificada e, enfim, replicada, para então apresentar o caminho de sua reconstrução. O trabalho refletiria as condições concretas de sua aplicação e, com isso, apresentaria suas potencialidades e funções efetivas. Mais do que isso, ele seria a ocasião e a porta de entrada para uma reflexão a respeito dos objetivos e resultados do raciocínio jurídico em geral: afinal, ao descrever e analisar uma técnica, o que procuramos? Generalizações, abstrações, racionalidade ou utilidade, concreção e aplicação? Enfim, qual é o objetivo da prova: estruturar e racionalizar ou defender quem, de fato, precisa dela? Esses são os questionamentos e as ideias que nortearam a pesquisa, a concepção e a apresentação deste trabalho. Ideias simples, mas que tinham sido perdidas e abandonadas com o processo de abstração por que passou a proporcionalidade. A genealogia desse conceito pode mostrar que um caminho alternativo ainda é possível.

---

<sup>1</sup> Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken", *Der Staat* 42 (2003): 165-192.

## B. Questões metodológicas e proposta de trabalho

### I. Limites e objeto da metodologia

Método é disciplina, argumentação detalhada e concatenada, pensamento lógico e racionalmente estruturado. Análise e discurso metodológicos são indicações de clareza, organização e coerência da argumentação e exposição de ideias. Se aplicado à dogmática jurídica, método é um discurso sobre um discurso. É o trabalho argumentativo que disciplina o processo de argumentação, descrição e construção do direito.<sup>2</sup> O discurso metodológico tem, contudo, outros propósitos. Universalizada e generalizada, a pureza e a completude dos métodos de trabalho passam a ser finalidades perseguidas por toda pesquisa científica. Aliada à argumentação lógica, a metodologia se torna o meio de comunicação privilegiado que pode unir mundos e polos completamente opostos. Enquanto veículo que leva à coesão e à união de visões possíveis sobre o mesmo objeto, ela é um horizonte de significação que torna possível a comunicação plural. Uma teoria geral, que guia o trabalho científico e torna possível a compreensão e a discussão, mesmo por quem discorde dos resultados ou argumentos apresentados. Mas é justamente nesse ponto que o método pode se voltar contra ele mesmo, pois quando, com base nesses mesmos pressupostos, a indisciplina e os problemas conceituais de campos de pesquisa influenciados por experiências históricas e debates políticos são neutralizados, o método passa a substituir o objeto pesquisado. Método e lógica exigem então a identificação de um padrão argumentativo e teórico único. Unicidade esta que deve ser construída com base em um ponto fixo de comparação, que direciona a pesquisa e a ela confere coerência. Um atributo do objeto de estudo, uma característica de sua aplicação, uma ideia orientadora. Pontos de comparação e orientação que definem a unidade da metodologia.<sup>3</sup> Se e na

---

<sup>2</sup> Ralf Poscher, *Grundrecht als Abwehrrecht*, Tübingen, Mohr, 2003, p. 5.

<sup>3</sup> O problema do pensamento tópico está na dificuldade de identificar esse ponto de referência. Interpretação tópica, voltada para o caso, ou “abertura” da interpretação constitucional pressupõem um horizonte de significação determinado, sem o qual a argumentação constitucional deixa de ter uma base de fundamentação (Cf. Peter Schneider, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963): 1-45, p. 35). A proposta de uma “sociedade aberta” dos intérpretes da constituição, que condicione as condições de significação normativa a fatos sociais e atitudes de grupos de indivíduos em relação à norma constitucional (Häberle, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, *JZ* (1975): 297-305, p. 298) tem o mesmo problema: com isso, o sentido do parâmetro constitucional passa a depender da compreensão e do consenso dos atores que interpretam a constituição. Nesse caso, a perda da capacidade de estabilização de expectativas dos afetados pela norma leva à dissolução do poder normativo da regra constitucional (Ernst-Wolfgang

medida em que tais ideias gerais e orientadoras substituem as peculiaridades e especificidades do objeto pesquisado, o método se torna um fator de desorientação. Quando isso ocorre, o discurso metodológico passa a se reproduzir, como se o único objeto da pesquisa fosse ele mesmo. Sem contenção ou limites, o discurso do método se torna então a via para o obscurecimento, não para a iluminação, do objeto pesquisado. Até a metodologia, a racionalização e a analítica têm limites.<sup>4</sup>

Constituição é lei. Esse foi o ponto de partida e a ideia elementar que conferia unidade e coesão a uma metodologia de pesquisa e interpretação do direito. Aplicada ao direito constitucional, essa proposta metodológica levou à transferência de cânones criados no contexto do debate das fontes do direito civil para o direito constitucional.<sup>5</sup> Ponto de vista que é desafiado pelas características de seu objeto: Constituição é lei, mas não uma lei qualquer. Ela é um conjunto normativo originário e fundante, que, enquanto tal, deve ser interpretado de forma a serem evitadas contradições internas.<sup>6</sup> Suas normas são dotadas de grau de generalidade elevado, o que impõe a construção de um arsenal complementar de métodos e princípios de trabalho.<sup>7</sup> Características que são ainda mais acentuadas quando direitos fundamentais estão no foco da análise. Nesse caso, o estilo condensado e marcante

---

Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Surkamp, 1991, p. 69).

<sup>4</sup> Cf. Christian Graf von Pestalozza, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 2 (1963): 425-449, p. 435.

<sup>5</sup> Ernst Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, in: *Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1964, p. 130. Pontual, a esse respeito, Canotilho sustentou a esse respeito que de acordo com o método jurídico defendido por Ernst Forsthoff “a interpretação da constituição não se distingue da interpretação da lei e, por isso, para se interpretar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se as regras tradicionais de interpretação” (J-J. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, p. 1198).

<sup>6</sup> Evitando falar em uma ordem sistemática e fechada de valores constitucionais e salientando, em substituição a essas noções, a busca da interpretação conjunta do texto constitucional: Horst Empke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963), p. 77. Na literatura brasileira, de forma similar: Celso Ribeiro Bastos *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos Ed., 2002, p. 102.

<sup>7</sup> Criticando a distinção entre as características de normas constitucionais e infraconstitucionais em função da generalidade das disposições normativas encontradas nesses âmbitos: Fritz Ossenbühl, “Grundsätze der Grundrechtsinterpretation”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 1, p. 602, para quem as disposições de direito administrativo, sobretudo aquelas relativas ao planejamento da atividade do Estado, contêm disposições normativas de tão ou maior generalidade que as disposições constitucionais. De forma inversa, argumenta o autor, nada impede também que a Constituição contenha normas concretas e específicas, tal qual ocorre, com maior frequência, no direito infraconstitucional. O caso brasileiro é paradigmático a esse respeito, pois a Constituição de 1988 é analítica ao ponto de dispensar a atividade do legislador em algumas áreas. Um exemplo é a regulação constitucional das competências tributárias, caracterizada pela “rigidez da discriminação das competências impositivas” e que, em função de sua analiticidade, deixa pouca margem de manobra ao legislador. A esse respeito: Geraldo Ataliba, *Sistema constitucional brasileiro tributário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 23 e ss.

das disposições normativas decorre de sua origem histórica e tem a finalidade de indicar a importância do conteúdo protegido por essas disposições.<sup>8</sup> Fragmentários quanto à indicação do conteúdo protegido e expressos em “formulas lapidares”,<sup>9</sup> os direitos fundamentais se tornam, então, fonte e origem de inúmeras questões e dificuldades interpretativas e metodológicas. Dentre elas: os métodos, ou cânones, de interpretação tradicionais têm alguma utilidade nesse âmbito? Eles devem ser complementados por outras fórmulas ou métodos de trabalho? E qual é a relação, se há alguma, entre essas metodologias?

Virgílio Afonso da Silva formulou respostas a esses questionamentos. A seu ver, a compreensão e as utilizações dos princípios de interpretação constitucionais,<sup>10</sup> no direito brasileiro, são equivocadas, pois elas decorrem de uma noção incompleta da importância, ou melhor, na opinião do autor, da pouca importância, de tais construções no seu país de origem. Fora isso, tais princípios seriam também irrelevantes, uma vez que “alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação”.<sup>11</sup> Os métodos de interpretação constitucional, por sua vez, tais quais concebidos e aplicados no direito brasileiro, seriam a fonte de indesejável “sincretismo metodológico”, caracterizado pela utilização simultânea de teorias inconciliáveis. Serve de exemplo, para a comprovação dessa tese, a contraposição das teorias de Robert Alexy e Friedrich Müller, opostas quanto aos seus pressupostos teóricos, mas aplicadas e tratadas em conjunto nas análises jurídicas brasileiras.<sup>12</sup> Que tais conclusões não são necessárias, ou seja, que os métodos de interpretação constitucional têm sim importância e peculiaridades que os distinguem das metodologias praticadas em outras áreas do direito é o que se demonstra a seguir. Como se

---

<sup>8</sup> Cf. Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, p. 122.

<sup>9</sup> Nessa linha: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Surkamp, 1991, p. 115.

<sup>10</sup> Com a expressão, o autor indica a lista formulada por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, 20. Auf., Heidelberg, Müller Verl., 1995, p. 20 e ss.)

<sup>11</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in: Id. (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 121.

<sup>12</sup> Os alvos da crítica estão na literatura brasileira (sobretudo Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 65 e 177) e também na prática da jurisdição constitucional: a Peça inicial elaborada pelo Advogado Geral da União, Gilmar Mendes, na ADC 9/DF. rel. Ministro Nery da Silveira, j. 26 de agosto de 2001 (Racionamento de Energia) busca simultaneamente fundamento nas obras de Alexy e Müller. Em sentido diverso, sustentando não haver incompatibilidade quanto ao resultado concreto das teorias de tais autores, pois ambas não admitem ponderações do resultado do processo de concretização: Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais*, São Paulo, Martins Fontes, 2013, p. 186.

verá também neste item, essa tese leva à conclusão que direciona e guia o desenvolvimento deste trabalho. Define, portanto, sua metodologia. O sincretismo metodológico será analisado no item seguinte.

De início, duas observações. No que diz respeito ao catálogo de princípios constitucionais e sua necessidade ou irrelevância, é infrutífero procurar exemplos de obras que cite ou não cite uma listagem de tais cânones de interpretação. O mesmo ocorre com decisões da jurisprudência constitucional. Com isso, um caso de não citação sempre poderá ser contraposto a um caso de citação das especificidades dos cânones e do método de interpretação constitucional, que, por sua vez, pode conter uma perspectiva diversa da apresentada por Konrad Hesse<sup>13</sup> ou, então, uma abordagem muito próxima da adotada por esse autor.<sup>14</sup> Um exemplo: o Tribunal Constitucional alemão cita explicitamente a interpretação unitária e sistemática das normas constitucionais como um cânone de interpretação constitucional.<sup>15</sup> Isso não quer dizer que o sentido dessas ideias seja unívoco, mas indica que elas têm repercussão prática e, por isso, importância dogmática. No plano teórico, uma das discussões relevantes a esse respeito seria: a unidade da Constituição impede a existência de hierarquias entre as normas constitucionais? A resposta de Virgílio Afonso da Silva é negativa. Dois fundamentos a justificam. O primeiro deles considera que podem existir hierarquias formais entre as normas constitucionais, pois a Constituição brasileira impede que algumas matérias sejam submetidas ao poder de reforma. Haveria, portanto, dois níveis de normas constitucionais: as de maior nível são protegidas contra qualquer reforma, as de menor nível são submetidas a esse procedimento. O segundo sentido da hierarquia das normas Constitucionais seria uma hierarquia material, por meio da qual as normas constitucionais são classificadas em diferentes níveis em função de seu valor. Nesse ponto, interessa discutir a primeira classificação.

Hierarquia quer dizer, no primeiro sentido, sujeição do poder de reforma a parâmetros constitucionais. Porém, essa noção não contradiz a ideia da unidade da Constituição, nem cria uma exceção a ela: ao contrário, a reforça, pois as cláusulas pétreas

---

<sup>13</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde cita, mas também combate, a concepção de Konrad Hesse da concretização constitucional (Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, p. 76).

<sup>14</sup> Em texto já citado, Fritz Ossenbühl (“Grundsätze der Grundrechtsinterpretation”, p. 604 e ss.) analisa os mesmos “princípios” abordados por Konrad Hesse. De forma similar: Wolfram Cremer, *Die Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Tübingen, Mohr, 2003, p. 33.

<sup>15</sup> Explicitamente, dentre outras decisões: BVerfGE 35, 263 - *Behördliches Beschwerderecht*, BVerfGE 11, 126 - *Nachkonstitutioneller Bestätigungswille*.

são meios de defesa e estão a serviço da unidade e identidade constitucionais.<sup>16</sup> Justamente por isso, a emenda constitucional que contrarie essa identidade, ou esse núcleo mínimo de significação constitucional, afronta a unidade da Constituição e, por isso, deve ser declarada inconstitucional.<sup>17</sup> Existiria a chamada hierarquia formal se se admitisse que normas constitucionais originárias fossem, ou pudessem ser, consideradas e declaradas inconstitucionais. Contudo, até hoje não existe a admissão explícita dessa possibilidade.<sup>18</sup>

O que importa aqui observar é que essas considerações indicam não só a relevância, mas também a especificidade da discussão acerca da unidade das normas e do caráter sistemático da interpretação constitucional. Peculiaridades do método de interpretação e aplicação dos parâmetros constitucionais, tais pressupostos justificam o discurso e o debate acerca dos princípios específicos de interpretação dessa área. Essa conclusão pode ser estendida ao questionamento acerca da relevância, ou importância, de tais princípios, ou cânones, de interpretação. Os métodos tradicionais de interpretação são insuficientes para a análise das normas constitucionais, sobretudo daquelas que tratam da proteção de direitos fundamentais, e a proposta de Konrad Hesse é uma, dentre outras, que tentou suprir essa lacuna. Afirmar, portanto, que os princípios de interpretação apresentados por esse autor simplesmente repetem a concepção tradicional dos cânones de interpretação é uma forma de atacar a coerência do modelo proposto por ele.

Visto de uma perspectiva metodológica, o ataque dirigido aos princípios de interpretação constitucional é, assim, uma forma de questionar a consistência metodológica da argumentação de seu autor. Essa é uma via para criar um debate acerca do método, ou metodologia, correta para a interpretação e aplicação dos parâmetros constitucionais. Mas,

---

<sup>16</sup> Nessa linha: Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934, p. 120.

<sup>17</sup> É a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 939/DF, rel. Ministro Sydney Sanches, j. 15 de dezembro de 1993.

<sup>18</sup> O Supremo Tribunal Federal negou a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias no julgamento da ADI 815/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 10 de maio de 1996. Porém, no julgamento da ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Brito, j. 5 de maio de 2011, o mesmo Tribunal julgou inconstitucionais os sentidos do art. 1.723 do Código Civil que impeçam a formação de famílias compostas por pessoas do mesmo sexo. Como esse dispositivo é praticamente uma repetição da redação do art. 226, § 3º, da CF/1988, é necessário saber se e como ocorre a desvinculação do parâmetro constitucional e da norma controlada, o que seria a única saída para evitar a conclusão de que houve, nesse caso, uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária. Na literatura, negando tal possibilidade: Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis, vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80. Questionando a possibilidade de interpretação conforme a Constituição de um dispositivo da constituição originária e observando que, no último precedente, há uma “absoluta coincidência” entre a norma controlada e parâmetro constitucional: Dimitri Dimoulis/ Soraya Lunardi, “A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo”, in: Robério Nunes dos Anjos Filho, *STF e direitos fundamentais*, Salvador, Juspodivm, 2013, p. 142.



justamente por isso, tais argumentos não afastam a importância da proposta metodológica atacada. Ao contrário, eles conferem relevo e importância a ela, pois uma argumentação, ou metodologia, sem sentido ou sem importância não precisa nem mesmo ser combatida.<sup>19</sup>

O que sobressai nesse ponto da argumentação que critica as especificidades dos métodos, ou cânones, de interpretação constitucionais é uma opção metodológica. Ao se sustentar que, levada a sério, a pretensão de reduzir a Constituição a uma unidade traz consigo a conclusão da impossibilidade de “fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa”, tal opção é apresentada com clareza, pois disso se extrai que “para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parece haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento”.<sup>20</sup> Surgem duas questões. A primeira assertiva poderia ser reconstruída da seguinte forma: o autor, ou teoria, que admite a existência de colisões abstratas entre direitos fundamentais tem que abandonar o pensamento da unidade da constituição.<sup>21</sup>

Como esses autores e modelos existem,<sup>22</sup> o problema a ser enfrentado passa a ser: em que medida é metodologicamente preferível abandonar a ponderação ou a unidade da constituição? Nesse ponto a questão ganha em relevância, pois o que sobressai da contraposição entre unidade ou ponderação são opções entre concepções teóricas distintas, que podem guiar a metodologia da pesquisa.<sup>23</sup> Os termos desse binômio estão conectados

---

<sup>19</sup> Com razão, questiona Jan Henrik Klement: “Não é justamente quando submetida a uma crítica e a argumentos sérios, que a concepção predominante adquire durabilidade e influência sobre a cultura em que é aplicada?” (Jan Henrik Klement, “Schlusswort”, *JZ* 11 (2009): 560-562, p. 562).

<sup>20</sup> Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, p. 125. A afirmação poderia ser confrontada com o pressuposto de Konrad Hesse, de que a unidade da constituição impede a existência de colisões abstratas, mas não exclui a possibilidade de colisões concretas (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, p. 28).

<sup>21</sup> É interessante notar que alguns autores partem justamente do pensamento contrário: se interpretada como uma “ordem fechada de valores” (BVerfGE 2, 1 - *KPD Urteil*) a unidade da constituição é justamente o elemento catalisador da necessidade de uma ponderação de direitos. Nessa linha, cf.: Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auf., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1983, p. 31. O próprio Tribunal Constitucional alemão, no caso em que admitiu a restrição de direitos fundamentais sem reserva de lei (BVerfGE 28, 243 - *Dienstpflichtverweigerung*), cita a unidade da constituição como um dos fundamentos da colisão e da ponderação de direitos fundamentais analisada no caso. Críticas não faltam a essa ideia. Dentre elas, afirmando ser uma fantasia a possibilidade da determinação de uma relação abstrata e fixa de valores constitucionais: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, p. 115.

<sup>22</sup> Nessa linha, na literatura constitucional recente, dentre outros: Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung*, Tübingen, Mohr, 2006; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München 1990.

<sup>23</sup> Não se deve confundir dois sentidos distintos do termo *ponderação*. Entendido de forma ampla, o ato de ponderar razões ou argumentos para, com isso, determinar o sentido de um conceito ou noção constitucional,

com procedimentos metodológicos específicos. Unidade é sistematização e previsibilidade, pensamento com base em categorias abstratas e busca da coerência argumentativa em termos gerais. Ponderação quer dizer conflito, tensão, colisão, o pensamento e o método que se voltam ao caso em concreto, aos interesses contrapostos, à solução específica e individual do conflito. Cada uma dessas propostas tem seu valor e suas dificuldades. O pensamento unitário terá maior dificuldade de fundamentar exceções às regras e normas estabelecidas, mas ele tem pouca dificuldade em criar e indicar padrões de conduta gerais. Ao contrário, o método que se volta para a ponderação e a colisão não tem nenhuma dificuldade em fundamentar a variação de uma regra anterior.<sup>24</sup> Terá, porém, problemas em construir um conjunto de regras gerais de conduta.<sup>25</sup>

Mas trilhar um desses caminhos metodológicos é uma opção entre modelos teóricos, não verdades. Ela apresenta o ponto de partida, as dificuldades e a linha de argumentação a ser seguida. E nela se encontra a definição da ideia guia da metodologia a ser aplicada no trabalho científico. Mas nela não há qualquer indicação quanto à correção ou validade do raciocínio que será desenvolvido. Dizer que é necessário optar entre esses pontos de vista metodológicos, ou seja, escolher entre unidade da Constituição ou ponderação de valores, é afirmar algo correto, mas incompleto e insuficiente. Incompletude que está escondida na omissão das possibilidades metodológicas decorrentes de um dos elementos dessa equação: é possível construir um método de aplicação de normas constitucionais tanto com base na ideia da unidade da Constituição, quanto na ponderação.<sup>26</sup> Ou seja, do ponto de

---

é uma operação inerente a todo raciocínio jurídico. *Ponderar* é, nesse sentido, sinónimo de *avaliar* diferentes dados e informações necessárias à determinação do conteúdo da proteção constitucional. E, nessa linha, não há incompatibilidade entre ponderação e unidade da Constituição. Em sentido específico, que se tornou corrente com a difusão do modelo teórico da teoria dos princípios, *ponderação* é o choque de valores, ou princípios, constitucionais, que dá origem a uma regra aplicável ao caso. Nessa hipótese, a ponderação não é simplesmente uma forma de determinar o sentido dos parâmetros constitucionais e da lei. É também uma forma de avaliar sua validade com fundamento em parâmetros abertos e indeterminados. De forma semelhante, distinguindo entre *ponderação* como forma de interpretação e instrumento de controle: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 75.

<sup>24</sup> Como se verá adiante, esse é um problema da ponderação em geral, pois, se nenhuma exceção é estranha a esse pensamento, toda e qualquer decisão passa a ser uma decisão potencialmente correta. A esse respeito: Ralf Poscher, *Grundrecht als Abwehrrecht*, p. 75.

<sup>25</sup> Dificuldade que pode ser observada na construção e descrição do conceito e funcionamento da categoria “princípios formais”. A esse respeito, por todos: Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 152. Os problemas desse conceito foram apontados, entre outros, por Shu-Perng Hwang em: “Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, *AöR*, 133 (2008): 606-628, sobretudo p. 621 e ss.

<sup>26</sup> Virgílio Afonso da Silva se filia à última opção. Nesse sentido, dentre outros trabalhos, sobretudo: Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009.

vista metodológico, afirmar que a unidade da constituição não sobrevive à ponderação é simplesmente indicar que, na distinção desses termos, se escondem as ideias que guiam o método de trabalho. Não que a verdade de uma delas implique a não veracidade da outra. Este trabalho segue a primeira metodologia. Nele, é apresentado um modelo dogmático em que a proporcionalidade prescinde de qualquer ponderação.<sup>27</sup> É um modelo que combina conceitos abstratos relacionados à definição da área de proteção<sup>28</sup> e ao conteúdo normativo garantido por cada direito fundamental,<sup>29</sup> com a orientação específica do teste da proporcionalidade: a contenção do poder estatal e a defesa dos direitos e seus titulares.<sup>30</sup> Ao mesmo tempo, é um modelo que, trabalhando com o conceito de intervenção no conteúdo constitucional protegido, se afasta das metáforas da colisão e otimização dos direitos fundamentais, via aqui denominada de caminho da reconstrução dogmática da prova da proporcionalidade. É, assim, um modelo que parte da definição da amplitude e do sentido da proteção de cada direito constitucional,<sup>31</sup> para só então, com base nesse conteúdo normativo, se questionar qual o sentido do teste da proporcionalidade para cada

---

<sup>27</sup> Há tempos, modelos como esse existem na literatura jurídica. Um exemplo, a seguir tratado nesse trabalho, mas que não se identifica totalmente com a proposta aqui defendida, é o descrito por Bernhard Schlink em: *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1976.

<sup>28</sup> A metáfora da “área de proteção” é criticada por não ser adequada à representação da função de defesa dos direitos fundamentais e por confundir a análise constitucional. Isso por duas razões. Primeiro porque a metáfora espacial dá impressão de que o direito fundamental pode proteger todas as ações que se localizem dentro do espaço protegido. Não é isso o que ocorre nem mesmo com o direito ao domicílio, que em si mesmo contém a noção de espacialidade. Isso porque nem todas as ações do titular realizadas dentro do domicílio são protegidas por esse direito. Além disso, esse mesmo direito, apesar de conter e pressupor a noção de espaço do domicílio, tem aplicações e efeitos em locais exteriores, como o local de trabalho ou empresas. Nesse sentido e com esses argumentos, Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, 26. Auf., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, p. 60. Nessa linha, afirmando que a metáfora espacial tem conteúdo metafísico e não é compatível com a natureza de direito público subjetivo dos direitos fundamentais: Jörn Ipsen, *Staatsrecht II*, 13. Auf., München, Franz Vahlen, 2010, p. 37.

<sup>29</sup> A distinção entre área protegida e conteúdo garantido pelos direitos fundamentais foi originalmente concebida por Reiner Wahl em artigo que trata da liberdade de pesquisa científica: “Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem”, *Freiburger Universitätsblätter*, 1987, p. 19 a 35. Ele foi aperfeiçoado por Ernst-Wolfgang Böckenförde (“Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken”, p. 167 e ss.) e, enfim, detalhado em recente trabalho de doutorado: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Tübingen, Mohr, 2009.

<sup>30</sup> Na linha da vinculação da proporcionalidade à defesa da liberdade, dentre muitos: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 227; Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* 17 (1984): 457-469.

<sup>31</sup> Ao menos dois autores filiados à teoria dos princípios adotam essa orientação. São eles: Martin Borowski, que sustenta a precedência da interpretação do texto constitucional sobre a ponderação (Cf. Martin Borowski, “Prinzipien als Grundrechtsnormen”, *ZÖR* 53 (1998): 307-335) e, sustentando que a descrição do conteúdo *prima facie* protegido pressupõe a interpretação do parâmetro constitucional: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 630.

uma dessas proteções.<sup>32</sup> Enfim, é um modelo que se afasta do pensamento estrutural e dos problemas lógicos que dominam as discussões acerca da proporcionalidade. Ao considerar que o teste tem a finalidade específica de preservar a liberdade, e não de aferir a relação ótima entre princípios em colisão, a estrutura da proporcionalidade deixa de ter a importância que comumente se lhe atribui. Como não se trata mais de buscar descrever o procedimento decisório mais racional e sim de indicar o ponto em que a ação estatal se torna excesso de intervenção,<sup>33</sup> deixam de ter importância as considerações acerca da relação de precedência lógica entre os subtestes que compõem a proporcionalidade.

Por fim, alguns questionamentos práticos: de que maneira essas considerações refletem no dia a dia de quem trabalha com o direito? Qual a utilidade e aplicação das discussões a respeito do conceito, características, função e âmbito de aplicação da proporcionalidade? De que serve, enfim, falar de proporcionalidade? Essas questões estão relacionadas a duas outras críticas dirigidas aos métodos de interpretação constitucional. A primeira delas tem uma perspectiva teórica: não haveria rigor na concepção e aplicação das teorias jurídicas subjacentes às diferentes metodologias de trabalho constitucionais. Vem daí a denominação: sincretismo metodológico. A segunda é uma crítica prática, de fundo dogmático. Metodologias não têm em si mesmas nenhum valor se não se demonstram sua função e quais são suas consequências práticas no contexto decisório. Seria necessário, diz essa crítica, indicar, com “análises jurisprudenciais concretas”,<sup>34</sup> qual a utilidade específica de cada um dos métodos de interpretação. No que diz respeito ao tema aqui tratado, seria preciso indicar qual as consequências “concretas” da utilização, pelos tribunais, da proporcionalidade.<sup>35</sup> A resposta a essas questões pressupõe uma distinção prévia. É preciso

---

<sup>32</sup> A proposta não está distante do que defende Eberhard Grabitz em artigo publicado em 1973: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, *AöR* 98 (1973): 569-616. Na literatura constitucional recente, de forma semelhante: Michael Holoubek, “Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas”, in: Christoph Grabenwarter (Hg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Wien, Boorberg, 1994, p. 71; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken”, p. 174; Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 169 e ss; na literatura norte-americana: Vicki C. Jackson, “Being proportional about proportionality”, *Constitutional Commentary*, v. 21 (2004): 803-859. Quanto ao modelo canadense: Peter W. Hogg, “Interpreting the Charter of rights: Generosity and justification”, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 28 (1990): 817-838.

<sup>33</sup> Com essa pretensão: Robert Alexy, “Constitutional rights, balancing and rationality”, *Ratio Juris*, v. 16 (2003): 131-140; Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in: Ronaldo Porto de Macedo e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*, São Paulo, Direito GV/Saraiva, p. 363 e ss.

<sup>34</sup> Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, p. 136.

<sup>35</sup> Essas análises existem. Dentre elas, é possível citar a pesquisa quantitativa de Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht: Empirische Studie zu Methode und Kritik eines*

saber se o discurso a respeito dos métodos de interpretação, nesse caso, a respeito da função prática da proporcionalidade ocorre no nível dogmático ou teórico. Análises empíricas e debates práticos não têm, afinal, um sentido autônomo e não são, ao menos no direito, fins em si mesmos. Essas perspectivas metodológicas oferecem subsídios para a construção de argumentos e para a dedução de conclusões práticas. Nesse ponto, teoria e dogmática entram em cena. Distinguir essas noções é, assim, o pressuposto para que a discussão acerca da relevância prática dos métodos de interpretação constitucional avance. É também o pressuposto da análise da importância prática do teste da proporcionalidade. A partir de tal distinção será possível dizer se o projeto de construção de um modelo dogmático do teste da proporcionalidade é viável ou se essa tarefa deve ser realizada sempre e necessariamente nos domínios da teoria constitucional.

## II. A distinção entre dogmática e teoria constitucional

Os contornos do conceito da dogmática ainda são fluidos e imprecisos. Não há clareza conceitual nesse campo.<sup>36</sup> O que existem são indicações de funções e características do trabalho dogmático. Sua função primordial é a estabilização de práticas e expectativas. A continuidade da utilização e a sedimentação de conceitos dogmáticos fazem com que seja desnecessário revisitar, a cada nova aplicação, seus fundamentos e os argumentos que o embasam. Dogmático é, portanto, um trabalho que desonera o aplicador do direito da necessidade diária de rever conceitos e argumentos já discutidos.<sup>37</sup> Tarefa que é realizada por meio de duas operações. A primeira é a identificação de padrões. Com base no texto legal e na catalogação de decisões, a dogmática busca construir conceitos gerais e identificar linhas decisórias convergentes. Ela é uma via para a pacificação social, pois o trabalho dogmático sólido favorece diminuição de variações jurisprudenciais,<sup>38</sup> do que

---

*Konfliktlösungsmodelles*, Baden-Baden, Nomos, 1979. No que diz respeito à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Alexandre Araújo Costa, *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, Tessaurus, 2008.

<sup>36</sup> Nesse sentido, cf. Matthias Jestaedt, “Wissenschaftliches Recht - Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis”, in: Gregor Kirschhof/ Stefan Magen/ Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 121.

<sup>37</sup> Nessa linha, dentre muitos: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 114.

<sup>38</sup> A crítica e a decepção de Bernhard Schlink em relação aos recentes desenvolvimentos da dogmática alemã – nomeadamente, a perda dos contornos conceituais e a aproximação em relação à casuística norte-americana – está relacionada a esse ponto. Não por outra razão, o autor indica uma grande variedade de casos em que

resulta a tendência de estabilização de expectativas dos destinatários da norma e, conseqüentemente, a contenção da multiplicação de litígios. A boa dogmática auxilia a prática a se autocompreender e facilita o seu desenvolvimento.<sup>39</sup> A segunda operação é a sistematização de tais padrões de aplicação. O trabalho dogmático seleciona e condensa padrões decisórios em conceitos e procura, tanto quanto possível, encontrar uma coerência interna entre esses elementos. O sistema criado pela dogmática não é, contudo, um sistema complementemente harmônico e estático. Ele está aberto a novas atualizações e alterações, na medida em que essas modificações de parâmetros e perspectivas sejam exigidas pela prática.<sup>40</sup> A sistematização dogmática se distingue, nessa medida, da sistematização teórica. Comprometida somente com a coerência argumentativa, não com a preservação e o reconhecimento da autoridade investida de competência decisória, os sistemas teóricos se importam somente com a identificação e a descrição da melhor coerência argumentativa possível.<sup>41</sup> Diversa, a sistemática construída pelo trabalho dogmático está diretamente vinculada à decisão da instância democraticamente eleita para criar o direito. Para ela, portanto, o dilema da resposta jurídica correta simplesmente não existe. Respostas possíveis, aplicáveis e, por isso, dogmaticamente aceitas, são encontradas na decisão positivada da autoridade.<sup>42</sup> Outras soluções são teoricamente possíveis e a interpretação dogmática pode reconhecer tais possibilidades interpretativas, mas sua vinculação ao direito positivado a impede de buscar outras soluções, mesmo que elas sejam vistas como as opções, ou decisões, teoricamente mais razoáveis, ou racionais.

A racionalidade do trabalho dogmático caminha, assim, entre dois mundos distintos: vinculada ao direito positivo e voltada à estabilização de padrões decisórios, a dogmática não deixa de observar e assimilar, com base em seus próprios padrões de validação, o debate teórico. Na metáfora de Matthias Jestaedt, a dogmática é assim uma ponte, que

---

decisões do Tribunal Constitucional alemão foram suplantadas, seja por agentes externos (caso Carolina de Hannover, *BVerfGE* 101, 361), por juízes singulares (passeatas extremistas, *BVerfGE* 111, 307) e também, surpreendentemente, os casos em que o próprio Tribunal se encarregou de suplantar sua decisão (aborto I e II, *BVerfGE* 29, 1 e *BVerfGE* 88, 203).

<sup>39</sup> Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 31.

<sup>40</sup> Uwe Volkmann, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", *JZ* 6 (2005): 261-271.

<sup>41</sup> O melhor exemplo de uma sistematização teórica pura se encontra na concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin. A esse respeito, conferir: Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 2ª ed., 1977, p. 78.

<sup>42</sup> Cf. Matthias Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung: Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, München, Ferdinand Schöningh, 2009, p. 87.

torna possível a comunicação de dois continentes: a teoria e a prática.<sup>43</sup> Um dos perigos desse percurso está na possibilidade de a prática se apoderar da dogmática e, com isso, dispensar a reflexão e a argumentação científicas. Convertido em descrição do exercício puro de poder, o direito se torna, então, uma simples consequência das decisões dos tribunais. Direito constitucional seria, nesse sentido, o que decide a Suprema Corte ou Corte constitucional.<sup>44</sup> Versão radical de pragmatismo e relativismo jurídico, que dispensa qualquer sistematização conceitual, seja ela dogmática ou teórica. Domínio da prática. Ao contrário, se a teoria se apodera da dogmática, ela substitui, com seus conceitos e sua lógica abstratos, a decisão da autoridade competente. Atravessando o continente da prática, a criatividade teórica tem, então, a capacidade plena de construir sistemas desvinculados e independentes de quaisquer bases normativas e de práticas constantes. Livre para criar seu sistema ideal de ideias e conceitos e para buscar, a todo custo, que esses ideais sejam realizados na prática, a teoria se torna, então, o direito em constante movimento e desenvolvimento. Implementando na prática suas ideias de perfeição racional, a teoria cria então um sistema puro de conceitos, em que basta consultar os livros para saber o que é e o que deve ser o direito.<sup>45</sup>

O trabalho dogmático resiste a essas tentações. Para ele, a prática e o direito positivo são os pontos de partida, mas também os instrumentos para a construção de um modelo sistemático de controle dessas mesmas práticas. Bem construída, a dogmática não é uma simples repetição de leis ou julgados. Ela também tem uma pretensão de sistematização e universalização. Voltada para a solução de problemas e questões práticas, ela é uma

---

<sup>43</sup> Matthias Jestaedt, “Wissenschaftliches Recht - Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis”, p. 137.

<sup>44</sup> Exemplo dessa concepção é encontrado no movimento dos “estudos críticos do direito”. Acerca da incapacidade da teoria para criar padrões decisórios para a prática jurisdicional: Duncan Kennedy, “Konsequenzen der richterlichen Entscheidung”, in: Teubner (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründen*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 62.

<sup>45</sup> Bernhard Schlink adverte, nesse sentido, para o perigo da conversão de parâmetros teóricos em parâmetros jurídicos: “Bemerkungen um Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft”, *Der Staat* 19 (1980): 73-105, p. 100. É o que ocorre, por exemplo, com o discurso da “maior efetividade da Constituição”. Na qualidade de parâmetro teórico, essa denominação indica uma determinada concepção da relação entre normas constitucionais e realidade. Contudo, a não ser que o direito positivo contenha uma indicação acerca dos efeitos dessa concepção, ela não deve ter nenhuma consequência prática. Nessa linha, afirmando não existir o princípio geral da “máxima efetividade” dos direitos fundamentais, mas sim dispositivos constitucionais específicos, que tutelam esses direitos, que impõem graus de realização diferenciados: Jörg Paul Müller, “Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte”, *Der Staat* 29 (1990): 34-48, p. 39.

reflexão crítica com potencial universalizante.<sup>46</sup> E buscando estabilizar expectativas dos destinatários das previsões normativas, ela toma a feição de filtro de visões políticas opostas. Ao selecionar pontos de vista e argumentos passíveis de judicialização, o controle dogmático e normativo passa também a ser o caminho para a neutralização da influência política sob a atividade jurisdicional. Porém, sob pena de se converter em teoria, o caminho da universalização trilhado pela dogmática nunca resultará na elaboração de uma sistematização completa e acabada. Ao contrário do cientista e do teórico, que produzem somente um conhecimento sobre o direito, não o próprio direito, a dogmática participa da criação da norma jurídica aplicada ao caso.<sup>47</sup> Sua participação, contudo, não ocorre na proposição de novos conteúdos, mas sim na definição de limites para a contenção de excessos do poder incumbido de criar o direito. Assim como ocorre com o controle jurisdicional de constitucionalidade, o controle dogmático é uma forma de controle predominantemente negativa.

O contrário ocorre com a teoria jurídica. Enquanto “concepção sistematicamente orientada, acerca do caráter geral, da finalidade normativa e do alcance dos direitos”,<sup>48</sup> a teoria, em especial a teoria dos direitos fundamentais, é uma construção livre de um horizonte de significação possível, mas não necessariamente real.<sup>49</sup> Aliada à exigência de sistematização, essa liberdade de pensamento criativo adquire então alto grau de capacidade de simplificação e redução de complexidades. O teórico pode – deve, na verdade – reduzir toda a complexidade do arcabouço normativo a uma só ideia-guia.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Na feliz formulação de Tercio Sampaio Ferraz, a dogmática trabalha com “incertezas controladas”, querendo com isso significar que, nesse caso, “ampliar incertezas não é apenas criar dúvidas, mas criá-las tendo em vista a orientação da ação do homem em sociedade, nos quadros da ordem estabelecida” (Tercio Sampaio Ferraz, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 21).

<sup>47</sup> Explicitamente, apresentando a dogmática como fonte do direito: Oliver Lipesius, “Kritik der Dogmatik”, in: Gregor Kirschhof, Stefan Magen, Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 42.

<sup>48</sup> Tradução livre da conhecida passagem de Ernst-Wolfgang Böckenförde em: “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, p. 116.

<sup>49</sup> Surpreendente, por isso, é a afirmação de Virgílio Afonso da Silva, segundo a qual é necessário “que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira” (“Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, p. 143), pois uma teoria, que tenha por base unicamente o Texto constitucional brasileiro e a prática institucional com base nele consolidada, é uma dogmática brasileira, não uma teoria. Mais uma vez, há aqui uma confusão conceitual entre planos de reflexão distintos. Tratando do mesmo problema e sustentando que as diferentes teorias constitucionais não podem substituir os métodos de interpretação: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 128.

<sup>50</sup> Como observa Hans D. Jarass, o trabalho dogmático também deve ser orientado por princípios simples. Todavia, a redução da complexidade conceitual não pode ir ao ponto de alterar a configuração do direito



Teoria liberal, dos valores, democrática, institucional, dos direitos fundamentais,<sup>51</sup> são todas denominações que indicam essa ideia reguladora, que orienta a interpretação de todos os instrumentos da dogmática constitucional dos direitos fundamentais.

Os problemas surgem quando se pretende reduzir todas essas funções normativas e, portanto, toda a dogmática, a manifestações dessas ideias teóricas fundamentais. Quando isso ocorre, há um sinal contundente de que a dogmática foi suplantada pela teoria e que, em consequência, a decisão das instâncias democraticamente eleitas para configurar o direito positivo foi substituída pela pura lógica acadêmica.<sup>52</sup> Enfim, se a eliminação das diferenças dogmáticas e a homogeneização das funções características e específicas dos instrumentos jurídicos são acompanhadas de um distanciamento dos limites textuais dos parâmetros constitucionais,<sup>53</sup> o ato de interpretação tende a se converter em criação constitucional. É o que ocorre com a teoria dos princípios.<sup>54</sup> A ideia-guia dessa concepção teórica é a redução de todas as funções e instrumentos jurídicos a uma contraposição fundamental: distinção entre regras e princípios. Com base nessa ideia fundamental, todos os problemas jurídicos, desde a determinação dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais até a aferição dos limites do campo de livre conformação do legislador, encontrariam uma resposta. E a distinção entre as hipóteses de aplicação dessas duas categorias normativas é determinada com base em um único critério: a existência de conflito de razões no caso. Existindo um conflito de razões, hipótese em que o caso pode ser taxado como “difícil”,<sup>55</sup> a solução exige ponderações e envolve princípios. Caso

---

positivo: Cf. Hans D. Jarass, “Bausteine einer umfassender Grundrechtsdogmatik”, *AöR* 120 (1995): 346-381, p. 347.

<sup>51</sup> É a listagem de Ernst-Wolfgang Böckenförde, apresentada e discutida em: “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, p. 119 e ss.

<sup>52</sup> Nessa linha crítica: Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. Auf., Hamburg, 1997, p. 5.

<sup>53</sup> Salientando a função de legitimação dos limites textuais da Constituição: Otto Depenheuer, *Der Wortlaut als Grenze: Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, p. 10.

<sup>54</sup> Criticando a teoria dos princípios quanto a esse aspecto, dentre outros: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 54; Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt: Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik”, *JZ* 63 (2008): 757-763. Contundente, Benjamin Rusteberg afirma que, para a teoria dos princípios, o texto constitucional não tem mais qualquer “força de expressão” (*Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 161).

<sup>55</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, p. 117. Na literatura nacional a defesa do método ponderativo aparece, em geral, acompanhada pela crítica à subsunção, considerado um “esquema explicativo incompleto” (Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 216), um método de interpretação “insuficiente” (Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 34) ou uma técnica “limitada” (Luís Roberto Barroso/ Ana Paula de Barcellos, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 286).

contrário, a disputa pode ser solucionada com base na aplicação de regras interpretadas com base nos cânones de interpretação “convencionais”.

Enquanto teoria dogmática,<sup>56</sup> a teoria dos princípios promove a simplificação de todo o conjunto normativo, suas especificidades e diferenças, a uma distinção básica, destinada a cumprir uma única função: a definição de limites de direitos fundamentais. Não por outra razão, as categorias criadas por essa teoria – dentre elas: limites internos ou limites externos, regras ou princípios, leis de ponderação – são voltadas a essa finalidade elementar. A teoria dos princípios é uma teoria centrada na ideia de limites.<sup>57</sup> Se é assim ela deve ser confrontada com as questões apresentadas no tópico anterior, afinal, qual a função dogmática, ou de estabilização, de uma teoria que admite que a solução de todo e qualquer conflito, envolva ele direitos individuais, coletivos ou competências de órgãos estatais, deve ser fundamentada em um único mecanismo de decisão? Se todas as funções dogmáticas podem ser resumidas à distinção elementar entre regras e princípios e se toda decisão jurídica pode ser reconstruída com base nessa contraposição, qual o parâmetro dogmático para aferir a correção de decisão jurisdicional específica que aplique tais conceitos?<sup>58</sup> O aspecto puramente descritivo de tais conceitos teóricos não apresentaria maiores problemas se a teoria dos princípios concebesse a si mesma simples e tão somente como teoria. Contudo, ela deriva funções e consequências dogmáticas de suas premissas, criando, com isso, um paradoxo circular: enquanto teoria, ela é o horizonte de sentido que pretende conferir significado à atividade prática, mas, enquanto dogmática, ela participa na criação do objeto que ela mesma ajuda a significar.<sup>59</sup> Adotando a terminologia de Virgílio Afonso da Silva, o questionamento subsequente seria: quando mistura indistintamente questões teóricas e dogmáticas, a teoria dos princípios pratica uma espécie de sincretismo, nesse caso não metodológico, mas um sincretismo teórico e dogmático?

A própria apresentação dessa questão indica que, ao taxar uma argumentação de sincrética, se quer apresentar um problema dessa construção. O sincretismo se revela então

<sup>56</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, p. 22.

<sup>57</sup> Crítico quanto a esse aspecto: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen, Mohr, 1999, p. 220.

<sup>58</sup> Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, p. 762.

<sup>59</sup> Esse paradoxo se repete em outros pontos da teoria. Um dos exemplos está na distinção teórica de regras e princípios, pois, se o critério de distinção dessas categorias é a existência de conflitos normativos, mas o que determina a existência ou não desses conflitos é a própria distinção entre regras e princípios, como é possível determinar, *a priori*, se uma dada colisão envolve regras ou direitos? Apresentando essa dúvida: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 219. Com argumento similar: Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 66.

como um juízo de desvalor acerca da correção de uma concepção teórica, o que não é necessariamente um indício de incorreção da aplicação de uma técnica dogmática. Se é assim, não se justifica a crítica que diz que “métodos não são um fim em si mesmos, mas existem para ser aplicados”.<sup>60</sup> Na verdade, teorias – nesse caso, métodos – são conjuntos de proposições descritivas a respeito da forma como o direito é construído, compreendido, aplicado e atualizado. Quando, por exemplo, Friedrich Carl von Savigny criou a metodologia aplicada originariamente no direito civil, que foi posteriormente transferida para o direito constitucional, seu objeto de estudo, o código de Justiniano,<sup>61</sup> já não era aplicado há milênios. Isso mostra que a finalidade desses métodos é pura e simplesmente descrever uma forma de raciocínio jurídico e, nesse sentido, o discurso metodológico não apresenta qualquer pretensão de aplicação.

Aplicados e testados são, na verdade, os conceitos dogmáticos construídos com base e a partir de uma prática interpretativa. Os pressupostos constitucionais do exercício dos direitos à liberdade de reunião, manifestação, locomoção, vida, entre tantos outros, os conceitos e sentidos normativos desses direitos, enfim, as possíveis restrições estatais que incidam sobre o conteúdo por eles protegidos, são os objetos da interpretação da dogmática constitucional. Métodos, cânones, ou elementos da interpretação de tais direitos fundamentais,<sup>62</sup> por outro lado, são formas de se descrever como esse processo intelectual ocorre e se atualiza a cada nova aplicação. Se há, portanto, contradição, engano, erro, sincretismo, na descrição teórica desses métodos, isso não teve ter influência direta sobre a aplicação dos direitos em questão. Ao contrário, o erro, ou sincretismo, pode ocorrer na prática, mas ele não se torna metodológico quando a teoria, sem ter a pretensão de gerar novas aplicações incorretas, o descreve. Peças de uma concepção teórica, os métodos descrevem, afinal, uma atividade argumentativa aplicada na prática. Não são, nem substituem, essa atividade. O item seguinte busca identificar e expor as consequências dessas distinções em relação ao objeto deste estudo: a proporcionalidade.

---

<sup>60</sup> Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, p. 136.

<sup>61</sup> Friedrich Carl von Savigny, “Methodologie”, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993, p. 193.

<sup>62</sup> Acerca da correta denominação dos “métodos” ou “elementos” da interpretação jurídica: Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 28.

### III. Perspectivas teórica e dogmática da proporcionalidade

No debate a respeito da proporcionalidade ocorrem problemas semelhantes. Se concebida como “princípio constitucional universal”,<sup>63</sup> um “critério integral e indispensável de toda a Constituição”,<sup>64</sup> o “paradigma constitucional do pós-guerra”,<sup>65</sup> ou como “elemento definidor de um constitucionalismo global”,<sup>66</sup> a proporcionalidade é uma teoria vinculada a uma determinada forma de encarar o fenômeno jurídico. Mais do que um instrumento jurídico e dogmático, ela é uma linguagem teórica universal.<sup>67</sup> Representa um estado ideal, no qual valores e direitos fundamentais, mesmo colidindo com facilidade e frequência, tendem a se estabilizar e harmonizar.<sup>68</sup> Constituição e direitos fundamentais, sob tal perspectiva, não são mais instrumentos jurídicos de organização e contenção do poder estatal, mas sim uma ordem total que abarca direitos, bens e valores culturalmente relevantes.<sup>69</sup> Enfim, relacionada com a distinção teórica entre regras e princípios e com a constatação de que, enquanto normas com alto grau de generalidade, direitos fundamentais tendem a entrar em conflito, a proporcionalidade passa a ser considerada como método decisório que expressa o maior grau da racionalidade possível.<sup>70</sup> Metodologia ubiqüitária

<sup>63</sup> Matthias Klatt/Moritz Meister, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, *Der Staat* 51 (2012), p. 159-188, p. 161.

<sup>64</sup> David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, p. 163.

<sup>65</sup> Lorraine E. Weinrib, “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, in: *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2006, p. 84.

<sup>66</sup> Stone Sweet/ Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008): 74-160, p. p. 75.

<sup>67</sup> Cf. Moshe Cohen-Eliya/ Iddo Porat, “Proportionality and the culture of justification”, *The American journal of comparative Law*, v. 59 (2011): 463-490, p. 466.

<sup>68</sup> Cf. Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, p. 203. Crítico, afirmando que o ideal de harmonização é uma fantasia sem comprovação: Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, p. 143.

<sup>69</sup> Salientando a função de integração cultural e política dos direitos fundamentais: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Auf, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, p. 264. Nessa linha, relacionando a cultura existente na Alemanha e Estados Unidos da América – no primeiro caso, uma cultura comunitária, no segundo, individualista – com diferentes concepções da proporcionalidade: Moshe Cohen-Eliya/ Iddo Porat, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, 2013, p. 63.

<sup>70</sup> Sobre a proporcionalidade como critério de maior racionalidade comparativa ou correlato da objetividade jurisdicional possível, entendida como maior grau de controle intersubjetivo: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, p. 257; Daniel Sarmento, “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”, in: Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 70; Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 366.

ao direito.<sup>71</sup> Enquanto elementos de uma teoria geral e abstrata, tais afirmações deveriam ser consideradas como concepções dogmaticamente neutras e sem efeitos práticos diretos. Seus efeitos estariam, com isso, condicionados à configuração específica de um sistema jurídico positivo. Seria até mesmo possível que tal concepção auxiliasse a interpretação, conseqüentemente, a aplicação, de campos específicos de direitos.<sup>72</sup>

Os problemas surgem quando, com base nessas teorias, se pretende deduzir efeitos dogmáticos. As possibilidades que se abrem serão então infinitas, pois não há mais um critério normativo que indique quando e em que condições ocorre uma colisão de direitos.<sup>73</sup> Todo e qualquer direito fundamental, todas as distinções relacionadas à existência ou não de reservas legais de restrição, enfim toda e qualquer função – de defesa, institucional ou proteção – dos direitos fundamentais, são reduzidos a meros pontos de vista sujeitos a relativização em função da necessidade do conflito.<sup>74</sup> Sob uma perspectiva dogmática, a proporcionalidade teria feição diversa. Nesse sentido, ela não seria mais uma estrutura de caráter geral e universal, mas uma prova com conteúdo específico e determinado pelo direito de cada país.<sup>75</sup>

Essas especificidades se desenvolvem e se atualizam em relação a cada direito fundamental, em função dos parâmetros constitucionais protetivos e das características de tais normas. Como proporcionalidade passa, então, a apresentar sentidos específicos e particulares em relação a cada direito fundamental, não é mais possível partir da pressuposição de que direitos colidem para disso se extrair a necessidade de verificar a

---

<sup>71</sup> Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, p. 133.

<sup>72</sup> A regulação do planejamento estatal, matéria em que a avaliação da otimização de finalidades estatais é constante, seria uma dessas áreas. A respeito da aplicação da proporcionalidade nesse campo, com a listagem de decisões do Tribunal administrativo alemão: Joachim Rückert, “Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs”, *JZ* 19 (2011): 913-923, p. 920.

<sup>73</sup> Crítico quanto à possibilidade de criações indiscriminadas de colisões de direitos fundamentais, que decorre da concepção dos direitos fundamentais como valores: Karl-Heinz Ladeur, “Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte: Relativierung oder Abstützung der subjektiven Freiheitsrechte?”, *DÖV* (2007): 1-10, p. 1. Na mesma linha: Walter Schmidt, “Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte”, *AöR* 106 (1981): 498-525, p. 506.

<sup>74</sup> A advertência de Bernhard Schlink quanto a esse ponto é antiga: “O Tribunal constitucional buscou encontrar no conceito da ponderação, que antes era somente uma questão dogmática e metodológica, a chave para o método e a dogmática constitucionais” (*Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 13). Citando Schlink e igualmente crítico a esse respeito: Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, *DVBf* (1995): 904-913, p. 905.

<sup>75</sup> Salientando a distinção entre o teste dogmático da proporcionalidade e a proporcionalidade, tal qual concebida pela teoria dos princípios: Philipp Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker? Von universellen Verfassungsprinzipien und Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte”, *Der Staat* 52 (2013): 27-57, p. 31.

relação de precedência entre eles. Ao contrário, a prova tem de partir da definição da área de proteção e da função normativa de cada direito em específico para então avaliar se, constatada a intervenção estatal, é o caso de utilizar o teste.<sup>76</sup> A proporcionalidade deixa de conter a resposta para todas as disputas jurídicas. Ela é simplesmente um instrumento auxiliar da dogmática específica de cada direito fundamental no que diz respeito à função específica dessas normas: a defesa contra intervenções estatais. Não cria ou altera direitos, que aliás devem ser configurados previamente à aplicação da prova. É uma prova negativa,<sup>77</sup> que indica casos em que intervenções estatais ilegítimas e excessivas devem ser anuladas.<sup>78</sup>

Os ganhos dogmáticos dessa orientação não estão somente na indicação das hipóteses de aplicação e da configuração específica da proporcionalidade para cada direito fundamental, mas também na possibilidade de orientação da prova com base em critérios materiais específicos, relacionados, entre outros aspectos, ao conteúdo do direito, à forma de seu exercício, à finalidade e amplitude da intervenção.<sup>79</sup> A proporcionalidade não é mais um método, ou estrutura, formal e sem conteúdo.<sup>80</sup> Ao contrário, não só por ela ser o elemento modal da prova da legitimidade constitucional das intervenções estatais,<sup>81</sup> mas

---

<sup>76</sup> Em geral, os manuais de direito constitucional partem desse princípio. Dentre outros, nesse sentido: Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, München, C. H. Beck'sche, 2000, p. 49. No jogo de palavras de Josef Isensee: “A determinação do âmbito de proteção é o pressuposto da discussão a respeito da intervenção. A limitação ocorre no âmbito protegido. Há, portanto, âmbitos de direitos fundamentais protegidos sem limitações, onde o potencial da liberdade é exercido em sua plenitude, mas não há limitação de um direito fundamental sem que antes haja a delimitação do conteúdo protegido” (Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Auf., Heidelberg, 2000, p. 168).

<sup>77</sup> Sobre a noção de proporcionalidade como prova negativa: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Köln, Carl Heymanns, 1985, p. 7.

<sup>78</sup> Nessa linha: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 180. Similar e distinguindo a proporcionalidade como método de interpretação e como instrumento de controle de constitucionalidade: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 147.

<sup>79</sup> Distinções e critérios materiais quanto ao direito de liberdade de imprensa são apresentados por Frederick Schauer em: “The bondaries of the first amendment: A preliminary exploration of constitutional salience”, *Harvard Law Review* 117 (2004): 1765-1809, p. 1801 e ss. Para pontos de orientação na prova no que diz respeito ao direito à liberdade laboral: Anna-Bettina Kaiser, “Das apotheken-Urteil des BVerfG nach 50 Jahren - Anfang oder Anfang vom Ende der Berufsfreiheit?”, *JURA* 11 (2008): 844-849, p. 848.

<sup>80</sup> Sobre a proporcionalidade como forma sem conteúdo (*Leerformel*): Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 14. De forma semelhante, afirmando que a proporcionalidade e a ponderação são técnicas “vazias de conteúdo”: Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 124. Em sentido oposto, sustentando que a prova tem sentido material: Andreas von Arnau, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 222.

<sup>81</sup> Sobre a distinção entre requisitos modais e formais: Gertrude Lübke Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 25.

também porque sua configuração é atualizada e direcionada com base nos conteúdos dos direitos fundamentais protegidos, a proporcionalidade passa a ser considerada como um critério material de contenção de poder. Todas as etapas da prova devem ser, por isso, influenciadas pelos critérios jurídicos abstratos que antecedem sua aplicação.<sup>82</sup> Não há, por isso, na prova geral da proporcionalidade, etapas de avaliação puramente empíricas e etapas, critérios, ou subtestes, puramente jurídicos. Todos os seus elementos são avaliados em função dos parâmetros que guiam a aplicação da prova e devem ser considerados e analisados com base em tal parâmetro jurídico e material. Mais: também o modo de controle, a amplitude do parâmetro constitucional e da norma controlada, enfim, a aptidão dos afetados a suportar a intervenção estatal, são fatores determinantes da configuração da proporcionalidade. O desafio de tal modelo está na extensão de seu projeto. Como, nessa linha, a proporcionalidade assume características e feições diversas em função do direito fundamental em que ela é aplicada, a tarefa dogmática de descrever e analisar seu funcionamento teria de se voltar para a configuração da prova da proporcionalidade em cada direito fundamental em específico. Não há, afinal, um conceito dogmático geral, universal e atemporal do teste da proporcionalidade, mas sim conceitos e feições peculiares e específicos da prova, que são determinados pelas configurações dogmáticas do local, do direito e do tempo em que tal teste é aplicado. Há proporcionalidades, no plural, não a proporcionalidade, no singular.<sup>83</sup>

Seria então necessário escolher uma determinada perspectiva da aplicação da proporcionalidade no direito brasileiro ao invés enveredar em análises abstratas e gerais dos critérios que a compõem? Não parece ser esse o caso. Não porque a jurisprudência brasileira seja imprecisa quanto aos critérios ou testes que compõem a prova ou, então, porque ela não adote um ou outro modelo teórico em específico da proporcionalidade.<sup>84</sup> Afinal, cabe ao trabalho dogmático apresentar e propor esse modelo. A questão é que, quando se trata da concepção geral da prova da proporcionalidade, a dogmática brasileira precisa ser redirecionada. Para isso, não é necessário apresentar a configuração da prova

---

<sup>82</sup> Nesse sentido: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 330.

<sup>83</sup> Isso explica a multiplicação de estudos a respeito da configuração específica da proporcionalidade em relação a determinadas áreas do direito (Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 167 e ss.) ou direitos específicos (Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG*, Diss. Albert-Ludwigs Universität Freiburg i. Breisgau, 1972).

<sup>84</sup> Em sentido contrário, sustentando que, ao invocar a proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal recorre a um mero *topos*, retórico e não sistemático: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50, p. 31.

em cada área do direito. Basta, ao contrário, demonstrar que essa mudança de rumos é possível e que, por isso, o campo de análise e pesquisa é muito mais amplo, e bem mais concreto, do que fazem crer as teorias gerais sobre a proporcionalidade.

Por isso, a tarefa a ser aqui enfrentada não é, nem poderia ser, a de construir uma “dogmática geral”, ou uma apresentação exaustiva, de todas as hipóteses de aplicação da proporcionalidade.<sup>85</sup> Questões específicas, relacionadas à configuração dessa prova em relação a alguns direitos fundamentais, serão abordadas no decorrer da análise. Mas a finalidade não é apresentar uma análise exaustiva da configuração da prova em relação a cada um desses direitos. O objetivo, ao contrário, é o de construir condições mínimas para que, em desenvolvimentos dogmáticos posteriores, as diversas facetas e funções da proporcionalidade floresçam no direito brasileiro. Nesse sentido, a tese é um convite à reflexão a respeito do significado que a proporcionalidade pode ter em relação a cada direito fundamental e em que medida essas especificidades conduzem à criação de um novo modelo. A tese não é, nem poderia ser, portanto, conclusiva. Ela identifica tendências e feições da prova e busca extrair deles seu significado. Também afasta pressuposições teóricas que tornam o modelo dogmático inoperante ou que comprometem seu sentido. Mas ela não diz o que a proporcionalidade deve, necessariamente, em cada caso, ser. Ela simplesmente circunscreve o que ela pode, se corretamente trabalhada pela doutrina e pela prática, um dia vir a ser. É uma proposta dogmática voltada para o futuro, mas ela deita suas raízes na tradição e na ideia elementar que levou à criação do teste da proporcionalidade: o direito policial prussiano do século dezenove.

---

<sup>85</sup> Tal expressão de Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares a Direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 24) convida à reflexão. Dogmática geral, diz o autor, não se identifica com teoria geral dos direitos fundamentais, que os considera como categorias universais desvinculadas de ordenamentos constitucionais específicos, mas também não é uma dogmática pontual, identificada como o estudo dos direitos fundamentais em espécie. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais seria, nesse sentido, uma categoria da dogmática geral. Abstraído o questionamento a respeito da classificação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como “fenômeno” pertencente à dogmática geral dos direitos fundamentais – mais comum seria classificar essa questão como uma das espécies do endereçamento subjetivo dos direitos fundamentais (Cf. Jörn Ipsen, *Staatsrecht II*, p. 20; Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 42), ou, se conectada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como uma função específica dessa dogmática – surpreende a classificação da dogmática em função do grau de abstração do objeto nela estudado. Seria o caso, então, de existirem tantas classes e subclasses de dogmática quantos os conceitos e efeitos por ela criados? Existiria, assim, a dogmática geral, que trata das funções dos direitos fundamentais, e a dogmática particular, que trata dos direitos em espécie. Mas por que não a dogmática ampla-geral, que trataria da relação das dimensões objetiva, subjetiva ou de proteção dos direitos fundamentais ou a dogmática particular-específica, que trataria da aplicação dos direitos em casos específicos? A inadmissibilidade dessas distinções decorre da impossibilidade de segmentar o trabalho dogmático, que, enquanto atividade científica, não pode perder de vista a necessidade de compor, tanto quanto o admita o direito positivo, todas as funções e especificidades dos direitos fundamentais. Criar segmentos e compartimentos dogmáticos é seguir o caminho oposto. Melhor seria, por isso, falar em conceitos gerais e específicos da dogmática, não em dogmática geral e específica.



### C. Origem e desenvolvimento da proporcionalidade

Como todo o elemento que compõe a ordem jurídica, a proporcionalidade surge e se desenvolve com base em pressupostos e influências históricas específicas. A combinação desses fatores determina sua feição e utilidade. Por sua importância teórica e prática, dois desses fatores devem aqui ser previamente analisados. Sob o ângulo teórico, esses pressupostos constituem a condição mínima de existência do teste. Na prática, sua influência sob a configuração da prova se faz sentir, sobretudo, no que diz respeito ao seu âmbito e sentido de aplicação. Em uma primeira aproximação, como a proporcionalidade envolve a correlação, não de duas variáveis quaisquer, mas sim de um ato estatal restritivo de direitos e a finalidade dessa medida,<sup>86</sup> sua existência pressupõe a concentração do poder decisório do Estado. Mais do que isso, se a autoridade está sujeita a parâmetros fixos e invariáveis de decisão, não será possível falar em proporcionalidade. Avaliar uma relação entre meios e fins pressupõe, afinal, a possibilidade de escolha entre essas variáveis.<sup>87</sup> Na falta desse pressuposto, a medida será simplesmente incompatível, ou não, com os parâmetros fixos de decisão. Sistemas jurídicos estáticos,<sup>88</sup> em que os parâmetros da decisão são diretamente determinados pelas relações sociais, costumes, ou divindades, são, por isso, incompatíveis com a prova.<sup>89</sup> A proporcionalidade pressupõe a dinâmica jurídica.

Consequência direta desse requisito é a exigência da separação entre instância decisória e destinatário da norma. Estado, concebido como fonte normativa exclusiva no interior do ordenamento jurídico, deve ser o contraponto da ordem social, submetida à regulação decorrente da incidência dos atos estatais. E quando Carl Schmitt opõe a esfera

---

<sup>86</sup> Para as diferentes variações terminológicas dessa relação: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 15.

<sup>87</sup> Cf. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz, 1981, p. 44.

<sup>88</sup> Distinguindo sistemas jurídicos estáticos e dinâmicos e sustentando que a proporcionalidade só pode existir nessa última hipótese: Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 8.

<sup>89</sup> Em sentido contrário, sustentando ser possível encontrar o elemento essencial - a relação da justa medida - da proporcionalidade nas obras de Aristóteles, Hesíodo, Cícero, Seneca e Horácio: Detlef Merten, "Verhältnismässigkeitssatz", in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 3, p. 521. Semelhante, relacionando a proporcionalidade com a filosofia grega: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 175. Representativo de tal entendimento, na literatura portuguesa: Jorge Miranda, *Manual de Direito constitucional*, 4ª ed., Coimbra ed., 2008, t. IV, p. 284.

da liberdade individual e os direitos fundamentais ao Poder estatal, sua premissa é exatamente a oposição entre sociedade civil e organização Estatal. Direitos e liberdades fundamentais são, nesse sentido, limites que antecedem a própria existência do Estado.<sup>90</sup> Sua função dogmática está na vinculação da atuação estatal a uma regra de conduta: o exercício dos direitos fundamentais é a regra; sua limitação, um ato excepcional. A tarefa da prova da proporcionalidade seria avaliar a realização dessa diretriz de conduta: desproporcional, ou excessiva, é a ação estatal que converte exceção – a intervenção do estado no conteúdo do direito – em regra.<sup>91</sup> Sua diretriz está, portanto, na preservação da relação entre sociedade e Estado. A proporcionalidade visa preservar a normalidade.<sup>92</sup>

Essa tese é confrontada com duas críticas. A primeira tem fundamento na constatação de uma progressiva alteração da relação entre Estado e sociedade. A regulação e a intervenção estatal não seriam mais exceções e sim requisitos da ordenação de conflitos em uma sociedade de complexidade crescente.<sup>93</sup> Fora isso, a distinção entre Estado e sociedade e a regra da preservação da liberdade individual em face de possíveis intervenções estatais sofreriam de inconsistências ideológicas, pois não está expresso no direito positivo em que medida essa relação de regra e exceção deve ser implementada.<sup>94</sup> Ambas as inconsistências podem ser afastadas se à distinção entre Estado e sociedade for atribuído um sentido específico. Duas ideias devem guiar esse percurso. A primeira consiste em evitar a hipostasiação e a naturalização dessa separação. Enquanto regras

---

<sup>90</sup> Carl Schmitt fundamenta sua tese no que dispõe o preâmbulo da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848: “direitos fundamentais são direitos anteriores e superiores às leis positivas”. Não vê nisso, contudo, uma volta ao pensamento metafísico ou ao jusnaturalismo (“Grundrechte und Grundpflichten”, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1958, p. 192).

<sup>91</sup> Nessa linha, observando que há uma relação dinâmica entre regra, no caso, a liberdade individual, e sua exceção, o exercício do poder estatal de restrição de direitos, pois os casos excepcionais são atualizados e modificados pelo destinatário da regra: Andreas von Arnaud, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 228. Considerando que a proporcionalidade é a feição material da presunção de liberdade: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, *DÖV* 23 (1968): 817-825, p. 819. Enfim, sustentando que a proporcionalidade é filha da proteção constitucional da liberdade: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 538.

<sup>92</sup> Cf. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Köhl, Carl Heymanns, 1961, p. 21. Similarmente, acusando a falta de contornos da tese de Schmitt: Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 61.

<sup>93</sup> Salientando a interdependência entre as instâncias estatal e privada e sustentando a superação do “paradigma” da separação entre sociedade e Estado: Wolfgang Hoffmann-Riem, “Gesetz und Gesetzvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen”, *AöR* 130 (2005): 5-70, p. 22. Na mesma linha: Eberhard Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht: Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Tübingen, Mohr, 1976, p. 190 e ss.

<sup>94</sup> Nessa linha, explicitamente: Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, p. 102.

jurídicas, tal distinção e a consequente limitação da atividade estatal restritiva de direitos nada mais são do que construções artificiais com funções técnicas, direcionadas à proteção da liberdade face à atuação da entidade detentora do poder de intervenção.<sup>95</sup> A regra da preservação da liberdade é, assim, um instrumento técnico jurídico, cuja validade e operacionalidade independe de sua correspondência com a realidade a que se dirige.<sup>96</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde observou, por isso, que a distinção entre Estado e sociedade, ordem e liberdade, não deve ser entendida como uma distinção “estrita”. Ou seja, não há, nesse caso, uma divisão de duas categorias estanques.<sup>97</sup> Contudo, o pensamento desse autor ainda reproduz a distinção entre duas esferas compreendidas no sentido natural: a ordem pública, controlada e dirigida pelo Poder estatal, e a ordem privada, onde impera a vontade e a espontaneidade individual. A distinção entre Estado e sociedade se reproduz então na forma da divisão de áreas jurídicas específicas, governadas por procedimentos e lógicas igualmente específicos: direito público e direito privado.<sup>98</sup> E aquilo que foi concebido

<sup>95</sup> Cf. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 144.

<sup>96</sup> Para comprovar esse ponto, Jürgen Schwabe observa que a situação de Robinson Crusoe seria justamente a inversa. Para ele, a ausência do Poder estatal significa a perda de sua capacidade de interação e, conseqüentemente, a ausência de liberdade. Nesse caso, portanto, a regra é a restrição; a liberdade, a exceção. Isso comprova que a jurídica da manutenção da liberdade não tem necessária correspondência com a realidade (Cf. Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 60).

<sup>97</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart”, in: *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 221.

<sup>98</sup> Mesmo críticos, como Gustavo Binbenbom, da “supremacia do interesse público”, partem do mesmo pressuposto ideológico. Defendem, simplesmente, que interesses públicos e particulares são “princípios”, que devem ser ponderados com base na proporcionalidade (Cf. Gustavo Binbenbom, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito administrativo”, in: Alexandre Santos de Aragão/ Daniel Sarmento/ Gustavo Binbenbom/ Humberto Ávila/ Paulo Ricardo Schier, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 150). O que os críticos não explicam é com base em qual parâmetro ocorre tal ponderação. Afinal, se, como eles mesmos admitem, interesses públicos e particulares são categorias – valores constitucionais, na verdade – distintas, é necessário indicar o elemento comum, que possibilita a ponderação proposta. O dilema por eles enfrentado se torna especialmente grave, uma vez que se considerem as alternativas de resposta para essa questão: partindo da premissa de que direitos fundamentais concretizam favores constitucionais essenciais, como a dignidade humana, ponderar interesses públicos e privados significa desconstruir a autoridade estatal, cuja efetividade estará sempre condicionada à relativização. Por outro lado, se o parâmetro de comparação é quantitativo, ou seja, se o que importa é a quantidade de interesses em jogo, o interesse particular sempre sucumbirá ao interesse público, que, nesse sentido, nada mais é do que a soma de todos os interesses individuais. Em ambas as hipóteses, os críticos do “princípio da supremacia do interesse público” são confrontados com o mesmo paradoxo: eles se autoproclamam defensores dos direitos fundamentais, por eles considerados como valores essenciais de uma comunidade, mas a conclusão a que chegam é justamente o enfraquecimento dessas garantias. Nessa linha, acentuando a impossibilidade de comparações entre interesses públicos e privados: Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, p. 83; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 154. Igualmente crítico quanto à possibilidade de ponderação entre interesses públicos e privados: Benjamin Rusteberg, “Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum”, in: Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht (Hrsg.), *Kollektivität - Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteresse und Gemeinwohl*, Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden, 2012, p. 15-32.

como um instrumento de garantia de liberdades se torna, enfim, um indicativo da insuficiência daquilo que se pretendia proteger: os direitos individuais de defesa seriam incapazes de tutelar todos os aspectos necessários à realização da liberdade, pois cabe ao Estado oferecer as condições para que esses direitos sejam efetivados. Insuficiência que se revelaria principalmente quando o exercício da liberdade exige atos de prestação ou a criação de instituições.<sup>99</sup>

O paradoxo dessa visão está em seu ponto de partida. Ao conceber os direitos de defesa como direitos meramente negativos, destinados única e exclusivamente à proteção da liberdade negativa dos indivíduos frente ao exercício do Poder estatal, ela partilha do mesmo ideal utópico e ideológico por ela criticado: parte da pressuposição da existência de um estado de liberdade natural, onde existe qualquer regulamentação jurídica. Afinal, só é possível falar da “complementação” das funções dos direitos de defesa e das liberdades constitucionais, uma vez que se pressuponha que o estado, ou situação, em que esses direitos são exercidos existe anteriormente ao ato estatal que as complementa e realiza. Mas a dogmática dos direitos fundamentais de defesa parte justamente do pressuposto contrário. Para ela, o conteúdo protegido de direitos não existe antes da ordem jurídica. Ele é configurado em conjunto com o direito positivo e não se identifica com nenhum estado ideal ou natural exterior ao direito. Assim, a reconstrução da relação entre Estado e sociedade e da dogmática dos direitos fundamentais de defesa é, antes de tudo, uma crítica de segundo grau: ela critica os pressupostos ideológicos adotados por aqueles que apontam a insuficiência da dogmática dos direitos de defesa e, com esses fundamentos, defendem sua superação. Crítica da crítica.

O movimento crítico e reconstrutivo não para nesse ponto, pois tal naturalização do conteúdo dos direitos se encontra implícita no pensamento dos próprios precursores da noção dogmática dos direitos de liberdade, que, tal qual Schmitt ou Böckenförde, reduzem o conteúdo e a função de tais direitos a meras pretensões de abstenção estatal. Tal visão também parte do pressuposto naturalista da distinção entre Estado e sociedade, pois desconsidera, assim como os críticos dos direitos de defesa, que direitos fundamentais são

---

<sup>99</sup> O discurso parte, neste ponto, sempre da pressuposição da “insuficiência dos direitos individuais clássicos” (Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 131), da necessidade “impostergável da promoção efetiva da igualdade” (Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 19) ou da “crise do paradigma liberal clássico” (Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 95). De forma semelhante, afirmando a dimensão de defesa é “uma visão apenas parcial” dos direitos fundamentais: Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 138.

construções jurídicas criadas pelo direito positivo cuja função é a contenção, não a anulação, do exercício do poder. Os instrumentos destinados a esse fim, dentre eles se encontra também a proporcionalidade, não têm a função de anular toda e qualquer intervenção nos direitos fundamentais protegidos pelo texto constitucional. Eles são, ao contrário, técnicas de distribuição de cargas argumentativas, com base nas quais se exige que toda intervenção estatal seja dogmaticamente justificada. Criticando tal comunhão ideológica entre seus criadores e opositores, a reconstrução da dogmática dos direitos de defesa acena para a necessidade de estabelecer um novo sentido para a relação entre Estado e sociedade. E se em um primeiro momento esse movimento crítico se apresenta como simplesmente negativo, sua feição reconstrutiva se apresenta nos conceitos de “totalidade e reflexividade dos direitos fundamentais”.<sup>100</sup>

Totalidade indica a completude. Direitos não incidem sobre o nada. Pressupõem, ao contrário, a existência de um sistema juridicamente ordenado, sobre o qual podem incidir.<sup>101</sup> Visto como totalidade, tal sistema de liberdades abarca igualmente Estado e sociedade, direito público e privado. Enquanto ordem juridicamente determinada, a ordem social não existe prévia ou independentemente ao Estado. Ela é constituída em conjunto com ele. Estado é, nesse sentido, a instância decisória de onde emanam as regulações e restrições das relações juridicamente ordenadas. Ou seja, atuação estatal interventiva incide sobre um substrato juridicamente constituído. E a noção de reflexividade dos direitos fundamentais decorre da relação que eles têm com a totalidade das liberdades ordenadas: sua incidência não ocorre diretamente nas relações jurídicas intersubjetivas. Pressupõe, ao contrário, que a distribuição jurídica de direitos e liberdades seja afetada pela atuação estatal e exige que tal intervenção seja juridicamente justificada. Reflexivos, os direitos fundamentais são, portanto, normas de segundo grau, que distribuem cargas de argumentação e possibilidades de legitimação entre a ação interventiva e a situação protegida juridicamente. São normas sobre normas.<sup>102</sup>

Sob a ótica dessa dogmática, a proporcionalidade nada mais é do que um instrumento voltado a aferir a justificação da intervenção estatal. Em si mesma, ela não é uma norma,

---

<sup>100</sup> Cf. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 152 e ss.

<sup>101</sup> A esse respeito, afirmando que “a Constituição brasileira, assim como a *Grundgesetz* alemã, é uma constituição das liberdades juridicamente ordenadas”: Leonardo Martins, “Igualdade e liberdade na justiça constitucional: cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo”, *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010, p. 264.

<sup>102</sup> Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 2. No mesmo sentido: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 135.

mas um instrumento destinado a aferir a relação entre normas. Não tem sentido, portanto, debater se a proporcionalidade é regra,<sup>103</sup> princípio ou dever,<sup>104</sup> pois todas essas categorias são normativas, e a proporcionalidade não é, em si mesma, uma norma. Na verdade, seu conteúdo normativo e seu fundamento jurídico são obtidos por derivação: ao limitar o poder de intervenção estatal, a proporcionalidade concretiza o conteúdo normativo do direito fundamental protegido. Nesse sentido, não há prejuízo analítico ou conceitual em fundamentar a proporcionalidade na ideia de Estado de direito, desde que tal noção indique a forma de Estado em que a promoção dos direitos fundamentais seja realizada pela contenção do exercício do poder estatal.<sup>105</sup> Se, ao contrário, por Estado de direito se entende toda e qualquer forma de organização estatal que se submete ao direito, não tem sentido fundamentar a proporcionalidade nessa noção, pois, com isso, se afirma simplesmente que ela é uma técnica e um instrumento jurídico. Isso leva a uma contradição prática, pois até mesmo ditaduras e regimes absolutistas têm, cada um à sua forma, fundamentos jurídicos diversos. Não se sabe como um instrumento destinado à contenção do poder pode ser compatível com tal conclusão.<sup>106</sup>

Fora isso, na fundamentação da proporcionalidade na ideia pura e simples de Estado de direito há um paradoxo teórico, pois o que se busca quando se discute a questão da fundamentação de uma técnica é justamente saber onde se encontra sua base normativa. E como tudo o que se fundamenta na ideia de Estado de direito é, automaticamente, uma técnica jurídica, dizer simplesmente que a proporcionalidade busca fundamento nessa noção sem especificar o que ela significa é apresentar uma solução e a conclusão da questão, sem indicar qual é seu real fundamento jurídico e dogmático. Ou seja, dizer que a

---

<sup>103</sup> Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 26.

<sup>104</sup> Cf. Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *RDA* 215 (1999): 151-179.

<sup>105</sup> Com tais observações: Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, *JURA* 4 (2001): 229-234, p. 232. De forma similar, descrevendo e apresentando as condições em que o conceito de Estado de direito deve ser compreendido para que ele possa fundamentar a prova da proporcionalidade: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 222. Em sentido contrário, fundamentando a proporcionalidade no “princípio do Estado de direito”, mas sem especificar a ideia que se esconde atrás de tal ideia geral: Gilmar Ferreira Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, no. 5, agosto, 2001. Igualmente problemática, por não especificar a noção de Estado de Direito que pode fundamentar o teste da proporcionalidade: Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos fundamentais*, Brasília, Livraria Editora Brasília jurídica, 1996, p. 95.

<sup>106</sup> Nesse sentido, dizendo que a fundamentação da proporcionalidade na ideia de Estado de direito é uma “solução-placebo” da questão de sua fundamentação: Andreas von Arnould, “Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *JZ* (2000): 276-280, p. 276.

proporcionalidade, que é uma técnica jurídica, tem fundamento no Estado de direito, é o mesmo que afirmar que direito é direito. E isso é ir do nada a lugar algum. Para que se especifique e se determine com mais precisão o sentido dogmático e a fundamentação jurídica dessa técnica, é preciso descer às suas origens históricas. Por isso, o percurso de nascimento, desenvolvimento e consolidação desse instrumento é o objeto da exposição que se segue.

## I. A proporcionalidade no direito policial prussiano

No discurso de apresentação de seu projeto para o *Código geral prussiano*,<sup>107</sup> Carl Gottlieb Svarez indicou os princípios gerais que guiariam a atuação da força repressiva do Estado. O primeiro deles dizia que o Estado “só estará autorizado a restringir a liberdade individual, quando isso for necessário para a preservação da segurança e liberdade de todos”.<sup>108</sup> Em sua primeira versão, promulgada em 20 de março de 1792, o artigo 79 da parte geral de dito Código dizia que “leis e atos estatais devem limitar a liberdade natural e os direitos dos cidadãos na medida exigida pelo interesse comum”. Enfim, por força do artigo 10, da décima sétima parte do Código, a autoridade policial só poderia elaborar medidas necessárias à preservação da segurança e ordem públicas. Em uma sequência de decisões, o Superior Tribunal Administrativo prussiano aplicou e deu concreção a esses dispositivos. Não há necessidade ou proporcionalidade, dizia o Tribunal, na medida policial que determina o fechamento de um estabelecimento que perdeu a autorização para a venda de bebidas, se a simples apreensão dessas mercadorias é uma medida suficiente para atingir o fim pretendido pela autoridade pública.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Não se tratava, como afirma Aharon Barak (*Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 178), de um Código Civil prussiano, mas sim, como o próprio nome diz (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, em tradução livre, *A lei geral para os Estados prussianos*), de uma codificação geral, em que eram contempladas normas as mais variadas, relacionadas às mais diversas áreas do direito. Dentre elas, essa Codificação continha regras sobre temas de direito civil, penal e administrativo.

<sup>108</sup> Carl Gottlieb Svares, *Vorträge über Recht und Staat*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1960, p. 39. José Roberto Pimenta de Oliveira consegue identificar a importância de Svares na criação da prova, contudo peca ao dizer que o autor apresentou “seus ensinamentos” ao “então futuro rei Frederico Guilherme III, em 1712” (*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 43). A data indicada é claramente incorreta, pois Svares nasceu em 1746 e Frederico Guilherme III, em 1770. É impossível, portanto, que eles tenham se encontrado em 1712.

<sup>109</sup> PrOVGE 13, 424 (425) - *Unzulässiger Branntweinausschank*. Em sentido semelhante: PrOVG 31, 409 - *Heilarmee*; PrOVGE 10, 322 - *Feld - und Fortpolizeigesetz*.

O reflexo dessa orientação na literatura jurídica foi grande. Otto Meyer foi o primeiro a reconhecer que o poder policial deveria ser, em virtude de sua própria natureza, proporcionalmente restringido,<sup>110</sup> e Fritz Fleiner cunhou a frase de ordem, que sintetiza a ideia central dessa prova: “A polícia não deve abater pardais com canhões”.<sup>111</sup> Concebida nesses termos, a proporcionalidade nascia com a feição de uma prova unidimensional. Sua finalidade era controlar excessos de poder e arbitrariedades e sua feição era similar às figuras do excesso e desvio de poder administrativo.<sup>112</sup> Ela continha dois elementos, ou subtestes. Existindo a comprovação da relação entre meio e fim, ou seja, comprovada a adequação da medida restritiva, a única variável a ser analisada era seu grau. Se, consideradas essas duas variáveis, a medida aplicada pudesse ser substituída por outra menos gravosa ao direito individual, a intervenção estatal seria considerada desproporcional. Caso contrário, o meio implementado seria preservado. Adequação e necessidade eram, portanto, critérios voltados a limitar a discricionariedade do uso da força pela administração.<sup>113</sup> Não continham ponderação, nem se valiam dela.

Os critérios de avaliação da prova eram estabelecidos pelas partes envolvidas no litígio. Ao Estado cabia escolher a finalidade a ser perseguida, e a ele era conferida margem de apreciação nesse aspecto.<sup>114</sup> Nesse ponto, a intensidade da prova da

---

<sup>110</sup> Otto Meyer foi o primeiro a utilizar o termo *proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeit*) para indicar esse mecanismo de contenção do poder. Referências a esse respeito em: Klaus Stern, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots”, in: Festschrift für Peter Lerche, Mücken, 1993, p. 168. Porém, o termo era utilizado por Meyer como sinônimo do que hoje se compreende como o teste da necessidade. Nessa linha: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 4; Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, p. 147.

<sup>111</sup> No original, onde Fleiner relaciona a proteção da liberdade com a proibição de medidas estatais excessivas: “Die Beschränkung der individuellen Freiheit darf nie das absolut erforderliche Maß überschreiten. Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen”. Tradução livre: “A limitação da liberdade individual nunca deve ultrapassar o limite absoluto da necessidade. A polícia não deve abater pardais com canhões” (Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, 3. Auf., Tübingen, Mohr, 1913, p. 376). Atribuindo a Fleiner a autoria da frase: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 6. Dentre outros, Suzana de Toledo Barros indica incorretamente o autor da frase ao atribuir sua autoria a Jellinek (Cf. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos fundamentais*, p. 42). Tal engano é repetido à exaustão no direito brasileiro. Incorrendo no mesmo erro, na literatura constitucional: Paulo Bonavides, *Curso de Direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 402. Na jurisprudência, igualmente incorreta é a referência do voto de Marco Aurélio Melo no RE 603.583/RS (relator Min. Marco Aurélio, j. 26 de outubro de 2011), em que também se atribui a frase de Fleiner a Jellinek.

<sup>112</sup> Indicando a proximidade entre a proporcionalidade e essas figuras criadas pela jurisprudência administrativa francesa: Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, *ZSR* 96 (1977): 1-28, p. 2.

<sup>113</sup> Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, *JURA* 4 (2001): 229-234, p. 230.

<sup>114</sup> Nessa linha: Cf. Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, p. 34.



proporcionalidade era, portanto, uma modalidade de controle de evidência.<sup>115</sup> Ao afetado pela medida estatal, por sua vez, era concedida a oportunidade de escolher entre medidas igualmente eficazes que, ao seu ver, lhe eram menos prejudiciais. Ponderação, harmonização ou composição de interesses, por sua vez, eram tarefas exercidas, com exclusividade, pelo Legislador, órgão que, salvo algumas exceções,<sup>116</sup> não se sujeitava ao controle judicial, realizado com base em parâmetros validade constitucionais.<sup>117</sup> As circunstâncias e os fatos que ocasionaram a alteração dessa concepção e sua apropriação pelo Direito constitucional serão analisadas nos tópicos seguintes.

## II. Transição para o direito constitucional

O primeiro fator determinante para a transição da proporcionalidade para o Direito constitucional foi uma alteração da noção de “polícia estatal”. Entendida em sentido material,<sup>118</sup> a expressão indicava o conjunto de atividades administrativas restritivas dos direitos de liberdade e propriedade.<sup>119</sup> Ampla, a noção de atividade policial do Estado

<sup>115</sup> Cf. Klaus Vogel, “Diskussionsbeitrag”, in: *VVDStRL* 61 (2001), p. 172.

<sup>116</sup> Para as exceções de vinculação do Legislador na República de Weimar: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, 110 e ss.; Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, p. 194.

<sup>117</sup> Incorreta, portanto, a tese de Paulo Bonavides, de que “o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade” (*Curso de Direito constitucional*, p. 339), pois a proporcionalidade existia quando ainda não se pensava em sujeitar a atividade legislativa a parâmetros jurídicos de validade. Explicitamente, no que diz respeito à exclusão da atividade legislativa do controle de proporcionalidade e afirmando que, nesse sentido, a proporcionalidade é mais antiga que o próprio Direito constitucional alemão: Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* 17 (1984): 457-468, p. 458. Na mesma linha: Thomas Groß, “Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle der Gesetzgeber”, *DÖV* (2006): 856-861, p. 858; Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, *JURA* (1997): 617-621, p. 617.

<sup>118</sup> Em sentido formal, “Polícia” era entendida como o conjunto dos órgãos encarregados de exercer o poder de coação do estado. Para uma exposição da distinção: Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, Ludwig Appel, 1955, p. 7; Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 14. Auf., München, C.F. Beck, 2008, p. 19.

<sup>119</sup> Willis Santiago Guerra Filho captou essa peculiaridade. Contudo, sua observação de que aqueles que primeiro empregavam o termo *proporcionalidade* “nos assuntos de Estado já invencionavam uma aplicação abrangente, tal como hoje se preconiza” (“Princípio da proporcionalidade e devido processo legal”, in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 257), não tem fundamento. Isso porque, salvo exceções específicas, o Legislador não se encontrava sujeito à Constituição. O próprio Otto Mayer foi explícito ao afirmar que “o Poder legislativo é juridicamente vinculável” (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 2. Auf., München/Leipzig, Duncker und Humblot, 1914, p. 65). A

compreendia não só a defesa da ordem e segurança públicas contra atos considerados violentos ou inválidos. Também a regulação de atividades e direitos era uma forma e uma especificação do conceito de atividade policial. Por isso, não era incomum segmentar a noção ampla do poder de polícia administrativa em função das áreas em que seu exercício ocorria. Em específico, havia tantas noções de “polícia” quantas fossem as aplicações do poder de império do Estado. Os manuais falavam então de “polícias” de construção, saúde e comércio.<sup>120</sup> E o caso mais conhecido da aplicação da proporcionalidade pelo Superior Tribunal Administrativo prussiano ilustra essa ideia.<sup>121</sup> Um decreto da autoridade policial que restringia a altura máxima de construções ao redor do monumento de Kreuzberg, em Berlin. Por considerar que essa era uma limitação severa ao direito de propriedade e que a atividade policial deve se dirigir ao afastamento de perigos eminentes à ordem pública, não à preservação da estética urbana, o Tribunal declarou a invalidade do ato estatal.<sup>122</sup> Proporcionalidade é aqui um instrumento de controle da “polícia” de construção.

A transição para um conceito limitado da atividade policial foi diretamente influenciada pela regulamentação jurídica instalada nos territórios ocupados após a queda do regime de exceção, em 1945. Com o objetivo de liberar o aparato policial de influências políticas e de limitar suas funções e poderes, as forças de ocupação restringiram o conceito de polícia às atividades relacionadas à preservação da segurança pública. Representativo dessa tendência é o Decreto que regulamentava a zona de ocupação inglesa (MilReg VO Nr. 135, Brit. Zone), que em seu artigo 1º atribuía à polícia estatal as funções de proteger a vida e propriedade, esclarecer e prevenir crimes e encaminhar acusados da prática de delitos à autoridade judicial competente. Os Constituintes de 1948 tinham ciência dessa diretriz,<sup>123</sup> que invariavelmente foi seguida pela legislação estadual alemã.<sup>124</sup> E os efeitos

---

aplicação atual da proporcionalidade, que se dirige também ao Legislador, era, ao contrário do que pressupõe Guerra Filho, estranha à concepção original da proporcionalidade.

<sup>120</sup> Rupprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, p. 7. Não tem sentido, portanto, a afirmação de Wilson Steinmetz, que, com base em uma decisão 1875 que aplica o teste a limitações “policiais” da atividade jornalística, afirma que a proporcionalidade se estenderia a âmbitos “além daquele do Direito Administrativo de polícia” (Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 145). O que existe aqui é só mais uma segmentação do conceito geral de “polícia”. No caso, “polícia jornalística”. Não se trata, portanto, de exceção da regra da restrição da aplicação da proporcionalidade à atividade policial, mas sim de um caso, que confirma a regra.

<sup>121</sup> PrOVGE 9, 353 - *Kreuzberg-Urteil*.

<sup>122</sup> Para uma análise desse julgamento: Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, p. 12.

<sup>123</sup> Para os debates constituintes a esse respeito: Der Parlamentarische Rat 1948-1949, *Akten und Protokolle*, Band 13, Teilband 1, Hrsg. vom Deutschen Bundestag und vom Bundesarchiv unter Leitung von Hans Joachim Stelzl und Hartmut Weber, München, Boldt im Oldenbourg, 2002, p. 469 e ss.

dessa alteração conceitual sobre a noção de proporcionalidade foram decisivos. O teste não estava mais relacionado ao uso da força pelo poder público. Sua dimensão original foi preservada, mas ele não se identificava mais com a restrição do uso da força pela atividade policial.<sup>125</sup> Amplo, ele sujeitava toda a atividade administrativa, seja ela considerada atividade de polícia ou não. Controlava a aplicação e a execução não só de ordens e atos individuais, mas também de regulamentações amplas da atividade estatal.<sup>126</sup> Um dos problemas centrais, ainda hoje discutido, da proporcionalidade começava a se apresentar. A ampliação desmesurada das hipóteses de sua aplicação tende a ocasionar a perda dos contornos dogmáticos, não só dos direitos fundamentais em que ela é aplicada,<sup>127</sup> mas também da própria prova.

O contraponto da restrição do conceito de atividade policial está na ampliação das competências legislativas para a regulação de questões e conflitos específicos e concretos, antes solucionados pela atuação dos órgãos administrativos. Com crescente complexidade, o trabalho legislativo e parlamentar não era mais caracterizado pela busca da generalidade e universalidade da produção normativa.<sup>128</sup> Mas, ao editar atos com efeitos concretos, o Legislador passou a se sujeitar a instrumentos de controle antes destinados a limitar e controlar o exercício do poder administrativo, dentre eles, a proporcionalidade. Enfim, no plano teórico, a concepção da atividade administrativa como direito Constitucional concretizado foi o elemento que veio coroar o processo de transição da prova para o direito constitucional.<sup>129</sup> Submeter todos os Poderes constituídos aos mesmos instrumentos de

---

<sup>124</sup> Exemplos são encontrados na legislação de Bayern (Art. 1, bayPAG) e Berlin (§ 4 ASOG Bln).

<sup>125</sup> Cf. nesse sentido: Rupprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, p. 9; Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817.

<sup>126</sup> A crítica de Ernst Forsthoff é dirigida a esse ponto da expansão da aplicação da proporcionalidade. Ao ver desse autor, a prova deve ser destinada ao controle de atos de efeitos concretos, o que seria incompatível com a atividade exercida pelo Legislador (Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 233). Que a atividade administrativa não seja completamente reservada à edição de atos tão específicos, e que a legislação não seja tão geral quanto pressupunha Forsthoff, são fatos comprovados pela realidade atual da divisão dos Poderes. Para uma exposição de tais mudanças estruturais da concepção de separação de Poderes: Bruce Ackerman, “The new separation of powers”, *Harvard Law Review* 113, n. 3, (2000): 634-725.

<sup>127</sup> É o ponto da conhecida crítica de Fritz Ossenbühl: aplicada de forma ampla, a proporcionalidade seria o elemento de “nivelção e flexibilização dos parâmetros constitucionais” (“Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 39 (1981), p. 189). Nessa linha: Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the age of Balancing”, *Yale Law Journal*, n. 96 (1987): 943-1005, p. 961.

<sup>128</sup> Para as causas e consequências institucionais dessa alteração na feição da atividade legislativa: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 120 e ss.

<sup>129</sup> É o que observa Fritz Ossenbühl, para quem a caracterização do direito administrativo como direito constitucional concretizado (*konkretisiertes Verfassungsrecht*) foi o impulso decisivo para a superação do

controle passa a ser então a consequência direta de um ideal teórico único: a vinculação de todo o exercício do poder estatal a parâmetros e instrumentos constitucionais. As portas para a recepção da proporcionalidade no direito constitucional estavam abertas e a jurisprudência constitucional não tardou a seguir esse caminho.

### III. A proporcionalidade no Tribunal Constitucional alemão

Decisões jurídicas suscitam diferentes abordagem e pontos de vista. Uma possibilidade é a pesquisa quantitativa. Nessa perspectiva, importa identificar padrões decisórios com base em catalogações e aproximações. Processo que pode levar à identificação de tendências ou inconsistências. Harald Schneider, por exemplo, apresentou uma abordagem como essa da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Seu trabalho trata dos diferentes critérios utilizados para guiar a solução de conflitos envolvendo a ponderação de bens e interesses. Como resultado desse estudo, o autor apresenta os critérios gerais que guiam as decisões do Tribunal em casos de colisões de direitos fundamentais.<sup>130</sup>

Não é essa a proposta deste estudo. A abordagem aqui desenvolvida é focada no aprofundamento da análise de casos e precedentes, suas razões, argumentos e as condições que circundaram essas decisões. O objetivo não é só identificar a coerência, ou não, da construção argumentativa da decisão. Mais do que isso, a finalidade da análise da jurisprudência constitucional do período de formação da proporcionalidade é descrever e identificar os motivos e as influências que levaram àquelas decisões. A seleção dos acórdãos tem por referência um critério simples. A análise em ordem cronológica. Do

---

conceito restrito da proporcionalidade e para sua transição para o Direito constitucional (Cf. Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, in: Peter Bandura/ Rubert Scholz (Hrgs.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65 Geburtstag, München, 1993, 151-164, p. 152). Na mesma linha: Armin von Bogdandy/ Peter M. Huber, “Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland”, in: Armin von Bogdandy, Sabino Cassese, Peter M. Huber (Hrgs.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, Bd. III, 33-81, p. 63.

<sup>130</sup> Exemplo: em casos de colisão entre o direito à saúde e o direito à liberdade de locomoção com o direito à liberdade do exercício do trabalho, a jurisprudência confere maior peso aos dois primeiros direitos. Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht*, p. 49 e 231. Para um resumo das relações de precedência identificadas por Schneider: Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, München, Franz Wahlen, 1989, p. 31 e ss. Contestando o estudo de Schneider e cético no que diz respeito à possibilidade de aferir, com base em pesquisas quantitativas, a relação entre pesos abstratos de princípios e valores constitucionais: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, Bd. III, 2, p. 832.

acórdão mais antigo para o mais recente. O percurso da exposição compreende três decisões da década de 1950. Entre elas, o período de seis anos. Essa é a fase de formação da feição ainda atual da prova da proporcionalidade na jurisprudência constitucional alemã. Seis anos que, superando uma construção centenária, determinaram e influenciaram o debate constitucional nas cinco décadas subsequentes. Anos e decisões que também atravessaram e influenciaram o mundo, que neles viu a comprovação da vitória da proporcionalidade. O ponto de partida é 1952.

#### a. **Igualdade de chances, ponto de partida**

A primeira manifestação do termo *proporcionalidade* na jurisprudência constitucional alemã ocorreu em uma demanda que envolve matéria eleitoral.<sup>131</sup> Com vigência desde março de 1954, a Lei eleitoral do Estado de Nordrhein-Westfalen indicava os requisitos mínimos para a participação em pleitos estaduais. Especificamente, o artigo 20 exigia que, se o partido não obtivesse representação mínima no parlamento estadual, o registro de candidaturas deveria ser acompanhado de um certo número de assinaturas de eleitores da respectiva circunscrição eleitoral. Dois partidos, ambos representantes de ideologias conservadoras,<sup>132</sup> apresentaram reclamação constitucional alegando que essa distinção de critérios para registros de candidaturas feria a igualdade de chances no processo eleitoral e,<sup>133</sup> dado o número de assinaturas exigidas,<sup>134</sup> constituiria limitação excessiva da liberdade partidária. Admitida a reclamação, o Tribunal Constitucional afastou as arguições de inconstitucionalidade. O primeiro ponto de sua análise trata do artigo 21 da Lei

---

<sup>131</sup> Em nível estadual, o Tribunal Superior do estado de Bayern já havia aplicado a prova em virtude da redação do art. 98 da Constituição Estadual, onde se exige que as restrições a direitos fundamentais sejam estritamente necessárias. Citando esse caso como a primeira manifestação da proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 770.

<sup>132</sup> Os reclamantes eram os extintos Deutschen Reichspartei (DRP) e o Gesamtdeutschen Blocks (GB/BHE).

<sup>133</sup> Tal princípio foi transplantado para a jurisprudência constitucional brasileira. Em seu voto na ADI 1.351/DF, após expor o significado da igualdades de chances eleitorais no direito alemão, Gilmar Ferreira Mendes afirma que esse “princípio” é “integrante da ordem constitucional brasileira” (Gilmar Ferreira Mendes, Voto ADI 1.351/DF, relator Min. Marco Aurélio, j. 7 de dezembro de 2006, p. 140). Afirma ainda que esse princípio é uma decorrência do direito geral de igualdade e nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático e representativo. O voto não explicita, contudo, se e como esse parâmetro pode se relacionar com a proporcionalidade.

<sup>134</sup> Eram exigidas 100 assinaturas para cada distrito. Como o Estado era composto por 150 distritos, o partido teria de obter 15.000 assinaturas.

Fundamental, dispositivo que assegura a livre criação de partidos políticos e sua participação na formação da vontade popular. Mas, diz a decisão, essa garantia tem limitações. Dentre elas, as exigências comprovadas pela prática e necessárias ao bom funcionamento do processo eleitoral.<sup>135</sup> São mencionados o perigo da dispersão dos votos em função da multiplicação de partidos e a conseqüente dificuldade na formação de maiorias governamentais.

A conseqüência dessa argumentação foi uma definição restrita da capacidade de participação no processo eleitoral. Esse direito foi reservado aos partidos que representassem interesses já consolidados na sociedade. Isso porque, nas palavras do Tribunal, partidos devem representar a vontade de “grupos políticos sérios”.<sup>136</sup> E a proporcionalidade foi utilizada como instrumento para aferir a validade de tal diferenciação. Seu objeto não foi, portanto, a restrição da liberdade partidária, mas a alegada violação da igualdade de chances no processo eleitoral. O parâmetro do controle não foi, assim, o artigo 21, mas sim o artigo 3º, 1, da Lei Fundamental.<sup>137</sup> Isso explica porque a reclamação constitucional foi admitida,<sup>138</sup> mas também é a causa de muitos problemas argumentativos. Onde está a intervenção na igualdade, qual era o âmbito protegido desse direito e, sobretudo, por que foi necessário aplicar a proporcionalidade, são questões não solucionadas pela argumentação da decisão. Fundamental é a questão, não esclarecida pela decisão: em que medida proporcionalidade e igualdade se diferem?

Quanto a esse ponto, as dificuldades aparecem já nos primeiros comentários a respeito da proporcionalidade. Ruprecht von Krauss aproximou as características das duas figuras. A igualdade, dizia ele, garante direitos, inclusive a liberdade, na medida em que assegura a distribuição igualitária de oportunidades entre cidadãos para o exercício de seus direitos fundamentais. A proporcionalidade, por outro lado, assegura as condições mínimas para que tais direitos sejam efetivados, quando seus titulares são confrontados com a

---

<sup>135</sup> O Tribunal não indica as referências ou os parâmetros que determinam tais “exigências práticas”. Utiliza, portanto, uma noção ambígua e dela retira efeitos normativos. Para um comentário extenso do acórdão e uma crítica desse ponto da argumentação: Hanns-Rudolf Lipphardt, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, Berlin, Duncker und Humblot, 1975, p. 205 e ss.

<sup>136</sup> BVerfGE, 3, 383 (393) - *Gesamtdeutscher Block*.

<sup>137</sup> Dispositivo da Lei Fundamental que assegura o direito geral à igualdade: “Todos são iguais perante a lei”.

<sup>138</sup> O Tribunal considera aqui, pela primeira vez, que partidos políticos também são titulares de direitos fundamentais.

atuação do Poder público.<sup>139</sup> Com base nessa aproximação, von Krauss concluiu que ambas, proporcionalidade e igualdade, são direitos fundamentais de proteção do indivíduo. A diferença específica entre elas estaria no direcionamento da prova, ou melhor, em seu sujeito passivo: no caso da igualdade, os particulares; na proporcionalidade, o Poder público.<sup>140</sup> Peter Lerche seguiu direção contrária. Com o objetivo de separar os critérios de igualdade e proporcionalidade, sua tese dizia que, enquanto os parâmetros da igualdade são situações fáticas e seu objetivo é encontrar padrões comuns e gerais para essa comparação, a proporcionalidade utiliza um padrão de comparação único e avalia se, em situações específicas, a liberdade foi restringida em excesso. Os efeitos das provas seriam não só distintos, mas também opostos. A proporcionalidade isola situações e direitos e diz se, nesses casos, o Poder público cometeu excessos. A igualdade, por outro lado, considera situações em conjunto e procura padrões de comparação para avaliar se e em que medida distinções criadas por lei são legítimas.<sup>141</sup>

Até o final da década de 1980, prevalecia na jurisprudência a tese da separação. Garantir o tratamento igualitário era assegurar que iguais fossem tratados de forma substancialmente igual e, desiguais, de forma substancialmente desigual.<sup>142</sup> Relevante é, então, a qualificação do parâmetro de igualdade. Não se exige que as situações ou pessoas em comparação sejam equiparadas em todas as suas qualidades. Basta que suas situações sejam equivalentes em seus aspectos essenciais, ou substanciais. Essa premissa tem implicações no grau de exigência da comparação, pois exigir que o parâmetro da igualdade seja a equivalência em pontos essenciais implica dizer que a desigualdade não autorizada pelo parâmetro constitucional só existe quando houver uma disparidade evidente dos termos em comparação. Julgar a desigualdade entre situações ou pessoas quer dizer, portanto, identificar normas de tratamento que arbitrariamente distingam ou identifiquem

---

<sup>139</sup> Petter Wittig segue linha argumentativa similar ao sustentar que o teste da proporcionalidade contém uma avaliação específica da igualdade: a perspectiva dessa prova não seria a comparação de duas situações de titulares de direitos fundamentais, mas sim a relação de “não-igualdade” na relação entre meios e fins. O fundamento constitucional da proporcionalidade se encontraria, assim, não na proteção constitucional da liberdade, mas sim na própria igualdade. Para a exposição desses argumentos: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 822. Similar: Willis Santiago Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo, IBDC, 1999, p. 63.

<sup>140</sup> Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 37.

<sup>141</sup> Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, p. 30.

<sup>142</sup> A formula é encontrada em muitos julgamentos. Dentre eles, no que diz respeito ao controle legislativo: *BVerfGE*, 3, 58 (135) - *Beamtenentscheidung*. Já quanto ao controle de decisões judiciais: *BVerfGE* 42, 64 (72) - *Zwangsversteigerung I*.

pessoas ou situações fundamentalmente iguais ou diferentes.<sup>143</sup> Essa ideia tem duas consequências. Primeiro, como a criação e a aplicação de normas pressupõem a delimitação dos destinatários de sua incidência, a exigência de que toda desigualdade ou igualdade sejam justificadas simplesmente submete toda e qualquer criação normativa a um parâmetro único de controle. Nesse sentido, igualdade, legalidade e imperatividade do direito se confundiriam e todas essas noções perderiam o sentido.<sup>144</sup> Uma das possíveis saídas desse impasse pressupõe a distinção das cargas de argumentação que pesam sobre o tratamento igual ou desigual. Afastar a igualdade via tratamento desigual exigiria fundamentação. Para tratar igualmente desiguais bastaria, ao contrário, comprovar a impossibilidade da fundamentação do tratamento desigual.<sup>145</sup>

A segunda consequência dessas ideias está na distinção das estruturas de justificação da ingerência da igualdade em relação aos demais direitos. Enquanto instrumentos de defesa contra o exercício do poder estatal, os direitos fundamentais são garantidos pela distinção entre as noções de âmbito, ou conteúdo, protegido e intervenção estatal. Instrumentos de justificação, dentre eles, a proporcionalidade, visam avaliar se essa relação respeita os parâmetros constitucionais de defesa. Com a igualdade ocorre algo diverso. Distinções e equiparações fazem parte de sua própria configuração interna. A prova da

---

<sup>143</sup> Afirma-se, nessa linha, que o parâmetro da igualdade impede que condutas fundamentalmente iguais sejam tratadas de forma arbitrariamente desigual (*BVerfGE* 49, 148 - *Fundstelle*).

<sup>144</sup> Cf. Michael Sachs, *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, Berlin, Springer, p. 216. Procurando contornar esse paradoxo, Humberto Ávila cita casos em que a criação e aplicação de normas gera efeitos desiguais. A concessão de benefícios ou a concorrência desleal seriam situações representativas, em que a igualdade funciona como parâmetro autônomo, pois ela exigiria não só que o sujeito seja tratado de forma igual “porque a norma deixou de ser aplicada a ele, mas, *também*, porque foi aplicada a outro sem ter sido aplicada a ele” (Humberto Ávila, *Teoria da igualdade tributária*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 143). Essa tese é polêmica, pois a expressão *finalidade substancial autônoma* da igualdade parece pressupor uma aplicação horizontal desse parâmetro. É também o que sugerem os exemplos do autor, sobretudo o da concorrência desleal, impressão que é reforçada pela afirmação de que a igualdade fornece uma espécie de “razão moral” para a solução de conflitos. Se essa for a tese defendida por esse autor, ela é incorreta. Igualdade, tal qual a liberdade, são direitos fundamentais e seu único destinatário é o Poder estatal. Enquanto critério normativo, ela impede que seu destinatário, o Estado, crie distinções arbitrárias e não justificadas. Mas não exige que igualdades fáticas sejam, por ele, criadas. Ao contrário, a atualização fática desse parâmetro é um processo sempre aberto a novos desenvolvimentos em função do debate social e político, o que pressupõe a distribuição de poder político e econômico entre agentes. Portanto, a desigualdade fática não só não é incompatível com a garantia jurídica da igualdade. Ela é também o pressuposto da existência e do desenvolvimento do processo político que visa sua superação. Nessa linha e com argumentos semelhantes: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 340 e ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriß eines Problems”, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Surkamp, 1991, p. 270.

<sup>145</sup> Isso é o que se denomina tendência à preservação da igualdade. Para a exposição desse argumento: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 373. Na jurisprudência, nesse sentido, afirma-se que a igualdade “proíbe que os substancialmente iguais, não que os substancialmente desiguais, sejam tratados desigualmente na medida de sua desigualdade” (*BVerfGE* 49, 148 (165) - *Fundstelle*).



igualdade simplesmente correlaciona esses critérios distintivos com parâmetros de comparação comuns.<sup>146</sup> Se isso é correto, eventuais distinções entre sujeitos e situações não interferem no conteúdo da igualdade. Ao contrário, elas são os próprios fundamentos, com base nos quais a proteção desse direito é ativada e ele, efetivado. Vem daí a afirmação de que, ao contrário dos demais direitos fundamentais, a proteção da igualdade não pressupõe a distinção entre âmbito de proteção e intervenção.<sup>147</sup> Eventuais fundamentos, contra ou a favor, da distinção avaliada pela igualdade são razões internas, não limitações, desse direito fundamental.<sup>148</sup> E a conclusão que decorre dessas premissas reafirma a tese da separação entre proporcionalidade e igualdade, defendida por Peter Lerche: ausente a intervenção ou a limitação do âmbito protegido da igualdade, é incabível a aplicação da proporcionalidade em relação a esse direito.<sup>149</sup>

Com base nessas premissas, o julgamento do Tribunal Constitucional passa a ter pouco sentido. Afinal, se o parâmetro de controle era a igualdade de chances no processo eleitoral e se o Tribunal fundamenta esse direito no dispositivo da Lei Fundamental que trata do direito geral de igualdade (art. 3º, GG/1949), qual a necessidade e o sentido de invocar a proporcionalidade? A contradição se torna ainda mais saliente uma vez que se considere que o Tribunal parte da premissa de que as condições criadas pela legislação estadual impugnada servem à segurança do próprio processo eleitoral e à identificação dos partidos que realmente representem a vontade popular. Se é assim, ou seja, se o processo eleitoral não tinha condições de ser realizado sem a criação de condições e barreiras ao registro de candidaturas, isso indica que o próprio direito dos partidos em participar das eleições já compreende essas condições. Elas não poderiam ser, portanto, consideradas como limites ou intervenções no direito de igualdade e não deveriam, também por isso, ter se sujeitado ao teste da proporcionalidade.<sup>150</sup> Mas, como foi antes observado, o Tribunal

---

<sup>146</sup> Na conhecida formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello, a igualdade envolve um fator de *discrimen*, uma finalidade e a relação lógica entre eles (Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005).

<sup>147</sup> Por todos, nesse sentido: Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 109; Gertrude Lübke Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, p. 258.

<sup>148</sup> Cf. Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik der Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS* (2001): 148-155, p. 153.

<sup>149</sup> Nessa linha: Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht”, *JZ* 11 (1994): 541-549.

<sup>150</sup> Para uma análise das diversas contradições da aplicação simultânea da proporcionalidade e igualdade nesse julgamento: Hanns-Rudolf Lipphardt, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, p. 207.

estava diante de um impasse. Para admitir a reclamação constitucional, tinha de invocar o dispositivo que trata da igualdade. Contudo, a análise é realizada sob a ótica das condições de participação no processo eleitoral, ou seja, sob a ótica do artigo 21 da Lei Fundamental.

Proporcionalidade indica e representa aqui um teste da intervenção nesse último direito, não na igualdade. A única possibilidade interpretativa para contornar esse paradoxo seria considerar esses dois parâmetros em conjunto. Ou seja, avaliar a proporcionalidade da intervenção no direito à igualdade de chances sob a luz da igualdade. Essa é a orientação da nova jurisprudência constitucional.<sup>151</sup> Nela, a igualdade é um parâmetro que se soma a outros direitos fundamentais e, com isso, gera uma escala de diferenciações, que orientam a intensidade da aplicação da prova da proporcionalidade.<sup>152</sup> Igualdade é, nesse sentido, uma norma que incide sobre normas. Metanorma, na terminologia de Humberto Ávila.<sup>153</sup> De forma similar ao defendido por von Krauss, a igualdade passa então a ser um parâmetro-guia da incidência dos demais direitos fundamentais e sua aplicação não exclui, ao contrário, pressupõe, a proporcionalidade.<sup>154</sup>

Dentre a série de critérios desenvolvidos pela jurisprudência para orientar a prova da proporcionalidade em casos que envolvam o direito de igualdade estão: distinções que tomem por base qualidades pessoais, como raça, orientação sexual ou gênero, são consideradas intervenções graves e são avaliadas com base em um teste intenso;<sup>155</sup> diferenciações relacionadas a fatos ou situações, que não levem em conta aspectos pessoais de seus destinatários, são, por sua vez, consideradas de menor intensidade e avaliadas pelo

---

<sup>151</sup> A esse respeito: Hans Jarass, “Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3, I, GG”, *NJW* 39 (1997): 2545-2550.

<sup>152</sup> O caso paradigmático de utilização dessa nova fórmula da igualdade envolveu o direito de transexuais à alteração do próprio nome. No caso, a igualdade foi utilizada como parâmetro auxiliar do direito geral de personalidade (BVerfGE 88, 87 - *Transsexuelle II*).

<sup>153</sup> Humberto Ávila, *Teoria da igualdade tributária*, p. 134.

<sup>154</sup> Questão interessante a esse respeito foi apresentada por Stefan Huber. Esse autor diferencia duas hipóteses de limites da igualdade. Limites internos, que incidem sobre o próprio conteúdo da igualdade, e limites externos, relacionados a finalidades externas desse direito. A proporcionalidade só seria aplicável em casos envolvendo a segunda classe de finalidades. Dentre os exemplos utilizados para esclarecer essa distinção, o relacionado à finalidade da instituição de tributos é o mais elucidativo. Se o legislador cria um tributo com alíquotas progressivas em função da capacidade contributiva do contribuinte, a distinção obedece a um critério interno da igualdade, cuja avaliação prescinde da proporcionalidade. Se, por outro lado, com base na necessidade de tornar a arrecadação tributária mais rápida e eficiente, o legislador equipara pessoas ou fatos com capacidade contributiva distinta, ocorre uma intervenção com fundamentação externa à igualdade, hipótese em que será necessário analisar a constitucionalidade da medida interventiva com base na proporcionalidade. Para a exposição completa do argumento e dos casos de sua aplicação: Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht”, p. 544 e ss.

<sup>155</sup> BVerfGE 99, 367 - *Montan Mitbestimmung*.

teste da não arbitrariedade;<sup>156</sup> enfim, distribuições de recursos e incentivos estatais são submetidas a um teste de evidência.<sup>157</sup> Essa variação dos níveis de intensidade da intervenção no parâmetro da igualdade tem, por sua vez, reflexo na própria estrutura da proporcionalidade. Nas hipóteses de controle de evidência ou arbitrariedade, a prova se resume à avaliação da adequação da medida. Já nas demais hipóteses, a proporcionalidade é aplicada em sua integridade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Mesmo assim, há uma peculiaridade relacionada ao teste da necessidade. Quando a isso, as opiniões são divididas, alguns considerando que esse teste não terá aplicação em demandas envolvendo a igualdade,<sup>158</sup> outros afirmando sua incidência será menos intensa.<sup>159</sup> Tem razão a primeira tese, pois a comparação de hipóteses de intervenção menos intensas é, no caso da igualdade, um argumento estrutural e interno ao direito. Afinal, dizer que uma distinção, que na hipótese da igualdade faz as vezes da intervenção, é menos gravosa, ou discriminatória, que outra, corresponde a afirmar que ela é mais igualitária. O argumento da necessidade se confunde, assim, com a própria igualdade e perde sua razão de existir.<sup>160</sup>

A aplicação da proporcionalidade no acórdão comentado seria, nesse sentido, admissível. Essa hipótese esclarece também a razão de o Tribunal ter utilizado somente os testes da adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A necessidade não era aplicável.<sup>161</sup> Contudo, mesmo com base nesses fundamentos, a decisão do Tribunal no caso da igualdade de chances eleitorais permanece confusa. Isso porque a fundamentação da decisão ao mesmo tempo aplica uma versão intensa da prova da proporcionalidade, que combina os testes da adequação e proporcionalidade em sentido estrito, e diz que compete

---

<sup>156</sup> BVerfGE 55, 72 - *Präklusion*. Em artigo publicado em 1973, Eberhard Grabitz já defendida que, quando aplicada em demandas envolvendo o direito de igualdade, a proporcionalidade tem a feição de uma prova de arbitrariedade (Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 599).

<sup>157</sup> Para a exposição dos níveis da prova: Hans Jarass/ Boto Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. Auf., München, C. H. Beck, 2011, p. 103.

<sup>158</sup> Cf. Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik der Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, p. 153.

<sup>159</sup> Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 133; Hans Jarass, “Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3, I, GG”, p. 2549.

<sup>160</sup> Para uma conclusão semelhante, aplicada ao direito canadense: Peter W. Hogg, “Interpreting the Charter of rights: Generosity and justification”, p. 833.

<sup>161</sup> Utilizando, contudo, o teste da necessidade em hipótese de intervenção na igualdade: BVerfGE 91, 389 (403) - *Fundstelle*.

em primeira linha ao Legislador concretizar esse direito.<sup>162</sup> As premissas são contraditórias, pois a aplicação de todos os elementos da proporcionalidade pressupõe uma intervenção intensa no direito de igualdade, ao que corresponderia uma restrição do âmbito de livre conformação legislativo, não a deferência a suas decisões.<sup>163</sup>

Na verdade, a coerência desse precedente não está em sua fundamentação, mas sim em seu contexto. Em outubro de 1952, menos de dois anos antes, o Tribunal julgou o caso da proibição do Partido socialista do Reich.<sup>164</sup> Em questão, a interpretação do mesmo dispositivo constitucional que assegura a liberdade partidária, agora na parte em que prevê a inconstitucionalidade dos partidos que atentarem contra a ordem constitucional livre e democrática (art. 21, §2º, GG/1949). Até mesmo o argumento, que consta da ementa desse último acórdão, de que a função dos partidos é representar a vontade popular,<sup>165</sup> se aproxima da tese de que as restrições ao direito de registro de candidaturas nada mais fazem do que refletir a distinção entre partidos efetivos e partidos que utilizam o processo eleitoral como meio para sua autopromoção.<sup>166</sup> A diferença entre os precedentes está em só um ponto: enquanto um deles utiliza a proporcionalidade, outro se vale da teoria dos direitos fundamentais como ordem de valores.<sup>167</sup> A proximidade temporal e a similitude dos contextos desses julgamentos têm razão de ser. Mais do que argumentos e fundamentos jurídicos, são a base ideológica e a finalidade política que os aproxima. Em ambos os casos, o Tribunal persegue um objetivo específico: o combate e a superação de um passado traumático.<sup>168</sup> A defesa da democracia e da vontade popular sobressai, nos dois julgamentos, como um processo de conquista e superação, guiado pelo Tribunal Constitucional. Nesse contexto, expressões e conceitos como a ordem constitucional

---

<sup>162</sup> BVerfGE 3, 383 (398) - *Gesamtdeutscher Block*.

<sup>163</sup> Para uma exposição crítica dos níveis de prova na jurisprudência utilizados pelo Tribunal Constitucional e de sua relação com a determinação da amplitude do âmbito de livre conformação atribuído ao Poder legislativo: Wolfgang Hoffmann-Riem, “Kontrolldichte und Krontröllfolfen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen”, *EuGRZ* (2006): 492-499, p. 495 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 192.

<sup>164</sup> BVerfGE 2, 1 - *SRP-Verbot*.

<sup>165</sup> BVerfGE 2, 1 (12).

<sup>166</sup> BVerfGE 3, 383 (396) - *Gesamtdeutscher Block*.

<sup>167</sup> Sustentando que os dois fundamentos andam juntos na jurisprudência do Tribunal Constitucional: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 818.

<sup>168</sup> Mencionando o combate ao passado e os “ensinamentos de Weimar” como a força motriz desses julgamentos: Thomas Henne, “Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren: Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung”, in: Thomas Henne/ Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth Urteil in (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wiss. Verlag, 2005, p. 207

valores, o combate ao totalitarismo ou do homem como centro da ordem constitucional,<sup>169</sup> não são meras expressões de uma teoria jurídica e de uma visão filosófica que pregava o abandono do positivismo jurídico, tido como um dos fatores determinantes do desastre de Weimar. São também palavras de ordem e de combate a valores de um passado que se quer esquecer. O valor e sua ordem são, então, manifestados em sua forma elementar: o valor e o desvalor andam juntos, pois a defesa de um, implica o combate de outro.<sup>170</sup> No caso, defender a democracia quer dizer combater seus opositores. E ao defender valores e assumir o papel de catalisador da superação do passado e da construção do futuro, o Tribunal Constitucional assume o papel de um Tribunal ativo no sentido literal.<sup>171</sup> A mesma conjunção de fatores ainda se repetiria na construção do caso *Elfes*,<sup>172</sup> mas a relação entre proporcionalidade e ordem de valores ainda era incipiente e pouco clara. *Lüth* e mostrará o caminho para essa aproximação.

---

<sup>169</sup> Para Christoph Gusy, a expressão tem fundo religioso naturalista: Christoph Gusy, “Die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 105 (1980): 279-310, p. 285.

<sup>170</sup> Sobretudo: Carl Schmitt, *Die tyrannei der Werte*. 3. Auf., Berlin: Duncker und Humblot, 2011, p. 46. Na mesma linha, mas aplicando a tese de Schmitt à discussão acerca da ordem objetiva de valores constitucionais e das diferentes escalas de direitos fundamentais: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 136.

<sup>171</sup> Salientando o papel ativista e catalisador assumido pelo Tribunal Constitucional em seu período de formação: Reiner Wahl, “Lüth und die Folgen: Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung”, in: Thomas Henne/ Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth Urteil in (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wiss. Verlag, 2005, p. 385.

<sup>172</sup> BVerfGE 6, 32 - *Elfes*. O caso tratava da negação de um pedido de renovação de passaporte de Wilhelm Elfes, parlamentar crítico do Partido Democrata Cristão e da administração Adenauer. Em uma manobra interpretativa similar à realizada por Marshall no julgamento de *Marbury v. Madison*, o Tribunal Constitucional indeferiu o pedido, mas antes disso apresentou uma série de considerações e argumentos, que influenciaram de forma decisiva o desenvolvimento de sua jurisprudência e da literatura constitucional alemã. A principal construção dogmática desse julgamento está na interpretação do art. 2, 1, da Lei Fundamental, visto, a partir de então, como um garantia geral e abstrata da liberdade de ação e como direito fundamental subsidiário. Essa interpretação, que se afasta do teor literal do dispositivo, busca fundamento em considerações do deputado constituinte Hermann von Mangoldt sobre a redação final do artigo, que em sua versão original repetia a declaração universal dos direitos do homem: *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*. A modificação da redação final, diz Mangoldt, ocorreu por uma questão de estilo. Sendo assim, a ideia original do dispositivo, que falava de uma liberdade original e ilimitada do homem, prevaleceria, mesmo que ele não tenha prevalecido na redação final do dispositivo. O resultado dessa argumentação foi a construção de um direito geral e sem limites à liberdade, que, em consequência, está sujeito a todo e qualquer limite legal ou constitucional. Para afastar a possibilidade de esvaziamento desse direito fundamental em virtude da necessidade constante de sua limitação, o Tribunal introduz o discurso da ordem constitucional de valores, vista, a partir de então, como um elemento de defesa da ordem constitucional. A construção sofreu inúmeras críticas, seja por ser a liberdade geral de ação um conceito sem contornos e, por isso, sem sentido (Martin Hochhuth, “Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2, Abs. 1 GG”, *JZ* 57 (2002): 743-752, p. 745), seja porque ela gera a banalização da noção e da aplicação dos direitos fundamentais (Dieter Grimm, *Sondervotum Reiten im Walde*, BVerfGE 80, 137).

## b. *Lüth*, ponto de transição

Mais do que uma decisão. *Lüth* representa a construção de uma dogmática constitucional. Nela foram sintetizadas as novas funções e efeitos dos direitos fundamentais. Falar em eficácia contra terceiros, efeito irradiador, ponderação é, antes mais nada, falar em *Lüth*. Se há motivos para se temer a substituição da doutrina e da dogmática pelas decisões e argumentações do Tribunal no trono do direito, as razões desse temor estão estampadas na fundamentação desse julgamento.<sup>173</sup> Mas seu significado é maior. *Lüth* também é o marco e o chamado de um projeto ambicioso de renascimento não só do direito constitucional, mas do direito em geral.<sup>174</sup> A partir de então, toda a ordem jurídica, leis civis, penais, processuais, administrativas que sejam, teriam de ser interpretadas e concretizadas sob o olhar atento dos direitos fundamentais. As relações institucionais não seriam mais as mesmas, pois Legislador passa, então, a estar direta e necessariamente vinculado aos valores objetivos e gerais dos direitos fundamentais. Também a dogmática dos direitos fundamentais alteraria seu foco a partir de então. Seu objetivo não é mais a contenção do poder e a proteção da sociedade face ao poder estatal, e sim a realização dos valores contidos na Constituição. Por tudo isso, Reiner Wahl sintetizou a importância dessa

---

<sup>173</sup> Bernhard Schlink, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat* 28 (1989), p. 161 e ss. A imagem da substituição no trono é polêmica, pois ela pressupõe a existência de uma doutrina que reine soberana sobre a jurisdição constitucional. Não é isso o que existia na década de 1950, pois nem doutrina nem jurisprudência estavam certas dos rumos a serem seguidos após a deposição do regime autoritário. Por isso, criticando a tese de Schlink nesse ponto: Thomas Henne, “Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren”, p. 217.

<sup>174</sup> Por isso mesmo os defensores do renascimento do direito constitucional, ou neo-constitucionalismo, se referem à ponderação, aos valores constitucionais, à superação do passado e à proporcionalidade como os elementos centrais de sua argumentação. Nesse sentido, dentre muitos: Luís Roberto Barroso/ Ana Paula de Barcellos, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”, p. 271-316. Acentuando o ideal de superação do passado em sua construção: Ana Paula de Barcellos, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, in: Daniel Sarmento/ Flavio Galdino (orgs.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 31 e ss. São curiosos os fundamentos e as características desse novo Direito constitucional. Seus defensores dizem que ele tem fundamento na superação do passado, na defesa da força normativa da Constituição e no reconhecimento dos direitos fundamentais como valores. Quanto ao primeiro elemento, conforme exposto, não há o que discutir. Quanto ao segundo, se ele diz respeito à vinculação do Legislador a disposições constitucionais que garantem direitos fundamentais, é um pressuposto incorreto, pois, na Alemanha, por exemplo, as constituições de 1848 e 1919 continham dispositivos que vinculavam todos os órgãos de governo (Cf. Christian Bumke, *Der Grundrechtvorbehalt*, p. 111). Quanto ao Brasil, esse erro é mais evidente, pois Rui Barbosa já defendia, com base na Constituição de 1891, a inconstitucionalidade de atos do Congresso e do Executivo que violem direitos fundamentais (Cf. Rui Barbosa, *Os actos inconstitucionaes do Congresso e executivo*, Capital Federal, Cia. Imprensa, 1893). Enfim, quanto à relação desse segundo pressuposto com o terceiro, há contradição, pois identificar direitos fundamentais com valores diminui, não aumenta, a força vinculante desses parâmetros constitucionais. Igualmente crítico quanto ao movimento do novo constitucionalismo: Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 279 e ss.

decisão com uma constatação: *Marbury vs. Madison* está para o direito norte-americano assim como *Liith* para o direito alemão.<sup>175</sup> E ambas são os maiores produtos de exposição já conhecidos no direito constitucional. Não surpreende que a decisão de *Liith* seja tão conhecida e citada,<sup>176</sup> nem que ela seja tão polêmica e criticada.<sup>177</sup>

O caso não era complexo. Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube de imprensa em Hamburgo, escreveu um manifesto contrário ao novo filme de Veit Harlan, renomado diretor apoiado pelo regime do terceiro Reich. Com fundamento em um dispositivo do Código Civil alemão, a produtora do filme e seu diretor demandaram uma ordem inibitória, que impediria Lüth de conclamar a população contra a exibição do filme e cominasse multa para o caso de descumprimento da decisão. O tribunal local concedeu a ordem, ao que foi ajuizada a reclamação constitucional. O Tribunal Constitucional julgou a ação procedente. Se a questão era tão simples e inclusive comum,<sup>178</sup> o que faz *Liith* ser um caso tão especial?

Há duas respostas para essas questões. Primeiro, nesse julgamento o Tribunal Constitucional sistematiza as ideias antes dispersas em sua jurisprudência e na literatura. Nele, o ponto de comunicação entre o objetivo da superação do passado, a crítica ao positivismo e a incorporação da vontade e da moral popular afloram com toda sua força. Todas essas noções e elementos tomam forma dogmática na clivagem da noção de direito fundamental: não só direitos de defesa, mas também direitos objetivos.<sup>179</sup> Foi o bastante

<sup>175</sup> Cf. Reiner Wahl, “Lüth und die Folgen”, p. 375.

<sup>176</sup> Citando e descrevendo o caso: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 112. Vendo em *Liith* o “big bang” da nova concepção dos direitos fundamentais: Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht”, *VVDStRL* 61 (2002): 7-31, p. 9. Afirmando que a construção de *Liith* é o “ovo de Colombo” da nova dogmática constitucional: Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares*, p. 105. A tradução e a avaliação crítica do julgamento é encontrada em: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 247 e ss. Referência ao caso, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RE 201.819/RJ, relatora Min. Ellen Gracie, j. 11 de outubro de 2005 - *União de compositores*.

<sup>177</sup> Dois exemplos: Jörg Paul Müller questionou se a querela de *Liith* não poderia ser resolvida sem o recurso à figura dos valores objetivos, pois o direito subjetivo de ambas as partes vinculava a ação do Estado (Jörg Paul Müller, “Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte”, p. 38). Por sua vez, Herbert Bethge sustenta que Erich Lüth ocupava um posto com características de um cargo público, que lhe conferia poderes e deveres assemelhados aos dos agentes estatais. Sendo assim, suas críticas e o pedido de boicote teriam de ser consideradas como atos assemelhados às intervenções estatais em sentido estrito. E, com isso, o caso não configuraria uma autêntica aplicação dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais e prescindiria da distinção entre as funções subjetiva e objetiva de tais direitos (Cf. Herbert Bethge, “Grundrechtskollisionen”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 1, p. 629).

<sup>178</sup> Ralf Poscher cita oito casos de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares anteriores a *Liith*, que não foram resolvidos com base em ponderação (Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 235).

<sup>179</sup> BVerfGE, 7, 198 (204) - *Liith*.

para que as mais diversas hipóteses teóricas surgissem. Afinal, tal objetivação dos direitos fundamentais vem de seu caráter institucional, de uma função social e coletiva ou de sua fundamentação jurídica? Não é o caso aqui de listar todas essas hipóteses de distinção. Basta indicar suas ideias-guia.

Ao serem incorporados a um sistema de valores, os direitos fundamentais têm sua qualidade intrínseca alterada. Eles não são mais direitos de defesa contra intervenções estatais. Têm e representam, ao contrário, uma pretensão de validade autônoma e universalizante, dirigida indistintamente a particulares ou órgãos estatais.<sup>180</sup> E como generalização de direitos quer dizer também abstração de conteúdos, o direito fundamental objetivo pode ser concebido como uma abstração dos elementos dogmáticos que constituem a relação jurídica de defesa.<sup>181</sup> Configura, portanto, uma proteção jurídica que independe do sujeito, do objeto ou do destinatário da norma. Objetiva e universal, a proteção constitucional dos direitos fundamentais passa então a existir e valer, por si mesma. Em decorrência dessa tendência à universalização e à expansão dos conteúdos e efeitos dos direitos fundamentais, a aplicação de tais normas passa a ser um caso de colisão de direitos, que, por sua vez, exige a aplicação da ponderação e, conseqüentemente, a proporcionalidade.<sup>182</sup> E na medida em que não só os direitos de defesa, mas também

---

<sup>180</sup> Acerca da pretensão universalizante dos direitos fundamentais: Reiner Wahl, “Lüth und die Folgen”, p. 379; Bernd Jeand’Heur, “Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen”, *JZ* 4 (1995): 161-167, p. 162; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundrechtsnormen”, p. 185. Criticando a expressão *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* e sua oposição à *dimensão subjetiva*, por considerar que o único fundamento ou conteúdo objetivo de todos, não de alguns, os direitos fundamentais se encontram no parâmetro constitucional: Christian Bumke, *Die Grundrechtsvorbehalt*, p. 61.

<sup>181</sup> Na decisão de *Kalkar* (BVerfGE 49, 89) o Tribunal explicitou essa tese: objetivados, os direitos fundamentais vinculam “todas as áreas do ordenamento jurídico”. Nessa linha, descrevendo os direitos objetivos como abstrações da relação de defesa: Hans Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 110 (1985): 363-393, p. 365.

<sup>182</sup> Essa “relação estreita” entre proporcionalidade, ponderação e princípios é o ponto central da teoria de Robert Alexy. Contudo, quando esse autor aborda a dicotomia entre direitos fundamentais objetivos e subjetivos, ele observa que essa distinção não se identifica com a separação entre regras e princípios. A seu ver, essa última distinção é neutra em relação à primeira, pois tanto direitos objetivos quanto subjetivos podem ser princípios. Se é assim, é difícil entender por que o autor defende a tese de que os direitos fundamentais subjetivos têm precedência sobre os de caráter objetivo. O fundamento dessa hipótese, diz Alexy, está na decisão do caso *Mitbestimmung* (BVerfGE 50, 290) e na caracterização dos direitos fundamentais como princípios, que devem ser realizados em função das possibilidades fáticas e jurídicas. Essas possibilidades fáticas seriam mais precisas e determinadas no caso dos direitos de defesa do que nos direitos objetivos (Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat* (1990): 49-68, p. 61). Mas se ambos, direitos subjetivos e objetivos, são reduzidos à categoria de princípios e esses são necessariamente concretizados através da proporcionalidade e da ponderação, como é possível afirmar que um deles tenha, *a priori*, condições fáticas mais favoráveis à sua realização? O autor não fornece resposta a esse questionamento.



direitos a prestações estatais, competências e, enfim, valores não explicitamente protegidos pela Constituição configuram razões possíveis para uma colisão, a proporcionalidade deixa de ser uma técnica jurídica entre outras.<sup>183</sup> Sem poder conter as possibilidades de criação, muitas vezes artificiais,<sup>184</sup> de colisões entre direitos fundamentais, a proporcionalidade é transformada em um *topos* geral e universal. Ela é afastada de sua função original de contenção de abusos e excessos do poder estatal e passa a condensar e concentrar todos os parâmetros e todas as funções do direito.<sup>185</sup> Proporcionalidade não quer mais dizer contenção, mas sim equilíbrio e harmonização.<sup>186</sup> E as exigências para sua aplicação não poderiam ser mais simples. Basta afirmar que o parâmetro constitucional de proteção do direito fundamental expressa um valor, ou princípio, que não identifica todas as suas hipóteses de aplicação,<sup>187</sup> para inferir que a ponderação é a única saída para que se identifique qual direito tem maior importância relativa, ou peso, em uma dada situação. Insuficiência de sentido se torna, então, motivo não para o esforço dogmático de delimitar o campo de proteção do direito fundamental via interpretação, e sim para pressupor a necessidade da aferição, em concreto, dos pesos e valores dos direitos fundamentais. Proporcionalidade e ponderação surgem, portanto, como substitutos, não correlatos, da interpretação jurídica. Universalizadas e generalizadas, elas estão em toda parte.

Em razão de tal mudança da natureza normativa dos parâmetros constitucionais, a relação entre os Poderes constituídos tem de ser alterada. Como a atividade de todos eles é reduzida a uma constante ponderação, não há mais diferença qualitativa entre a atividade legislativa e judicial, criação e aplicação do direito. Submetidos ao mesmo critério de avaliação, ambos os atos devem buscar a todo custo realizar as exigências impostas pelos

---

<sup>183</sup> Admitindo essa hipótese: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 119; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 112.

<sup>184</sup> Advertindo e criticando a criação de colisões artificiais entre direitos fundamentais: Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 908.

<sup>185</sup> Acentuando esse distanciamento e a perda dos contornos dogmáticos do teste da proporcionalidade: Paul Kirschhof, “Gleichmaß und Übermaß”, *Festschrift für Lerche zum 65 Geburtstag*, München, C. H. Beck'sche, 1993, 133-149, p. 137.

<sup>186</sup> Ironicamente, Rudolf Wendt fala na transformação da proporcionalidade em um super-limite dos direitos fundamentais (*Super-Grundrechtsschranke*) e adverte a respeito do efeito nivelador causado por sua aplicação sem critérios (Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, *AöR* 104 (1979): 414-474, p. 422). Sob a ótica da prática jurídica, Vicki Jackson dirigiu crítica semelhante ao ensaio de David Beatty: “A prática constitucional não considera a proporcionalidade como um modo superior de análise jurídica” (Vicki C. Jackson, “Being proportional about proportionality”, p. 818).

<sup>187</sup> Nessa linha: Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 533; Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 134;

valores constitucionais.<sup>188</sup> A proporcionalidade reafirma sua vocação universal: se há uma resposta à diferença, não mais qualitativa, mas de grau, entre esses Poderes, essa solução deve vir de sua própria configuração, ou de sua estrutura interna. Proporcionais não são mais só os direitos individuais, mas também os Poderes constituídos.<sup>189</sup>

*Liith*, seus antecedentes, pressupostos e efeitos são provas concretas dessa reconfiguração radical da dogmática constitucional e de suas consequências na relação entre os Poderes. A ponderação realizada nesse caso indica com clareza o conjunto de influências e pressões, mas também os objetivos do Tribunal Constitucional naquele período de refundação da ordem jurídica e formação de um novo Estado. Do simples fato de o caso envolver uma questão de limitação da liberdade de expressão, já é possível inferir seu pressuposto teórico. Na vigência da Constituição de Weimar, Rudolf Smend havia proposto uma interpretação do dispositivo constitucional (art. 118, WRV), que assegurava a liberdade de expressão. Seguindo as premissas de sua teoria da integração do direito, a reserva legal, que sujeitava a liberdade de expressão a “limites gerais”, deveria ser interpretada como o indicativo da prevalência de valores gerais da comunidade sobre os individuais.<sup>190</sup> Duramente criticada, a doutrina de Smend teve poucos adeptos.<sup>191</sup>

O resgate do pensamento de Smend, um crítico do positivismo constitucional de Weimar, teve em *Liith* sentido e objetivo precisos: adotando uma interpretação antes minoritária dos limites e do sentido da liberdade de expressão, o Tribunal afirma que a experiência do passado foi superada e indica a direção de sua jurisprudência futura. O valor da liberdade de expressão passaria a ser analisado em função da contribuição prestada por seu titular à comunidade. Critério direto: se a liberdade de expressão foi utilizada com a finalidade de contribuir para a formação da opinião pública, seu valor supera o interesse individual que com ela venha a colidir. Caso contrário, ou seja, se, ao

---

<sup>188</sup> Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, in: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 189.

<sup>189</sup> Esse é o sentido do esforço teórico empreendido pelos autores que pretendem descrever os fundamentos e o funcionamento dos chamados “princípios formais” e das espécies – estrutural ou epistêmica – de discricionariedade legislativa. A esse respeito, dentre muitos: Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, p. 15 e ss.

<sup>190</sup> Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 266.

<sup>191</sup> O histórico e as referências desse debate podem ser encontrados em: Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, p. 193. Salientando a importância de Smend para a construção da teoria dos valores objetivos e observando que, apesar do radicalismo de sua teoria, sua intenção original não era substituir o direito positivado por uma teoria puramente moral: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, Bd. III. 1, p. 869.

exercer seu direito à liberdade de expressão, o titular busca interesses privados, ou meramente econômicos,<sup>192</sup> o interesse contrário terá peso superior na ponderação.<sup>193</sup> Em nenhum momento se cogita a hipótese de que o exercício da liberdade de expressão, seja ele voltado ou não ao interesse público, já é ele mesmo um bem e um valor para a democracia. O resultado disso é a funcionalização da liberdade de expressão, que não tem mais um sentido em si, mas só em função do interesse, ou valor, perseguido por quem exerce esse direito.<sup>194</sup>

Ao mesmo tempo, a ponderação realizada em *Lüth* congrega as influências de sua jurisprudência anterior sobre o funcionamento e a limitação da atividade partidária. Nos dois casos, o Tribunal age em defesa do povo ou do interesse comum e contra o interesse particular. Em ambos, a parte que representa o interesse geral vence. Coerente com sua jurisprudência, o Tribunal também traça aqui uma estratégia de emancipação das amarras dogmáticas criadas pelos julgamentos de outras instâncias decisórias. E ao rever e reverter o entendimento dos tribunais locais, que são os órgãos competentes para realizar a interpretação das leis, ele afirma sua autoridade sobre os demais órgãos judiciários e assume a competência de não só declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas também a função de determinar, em definitivo, o sentido da norma que concretiza o valor, ou direito, analisado no caso. A construção da nova dogmática dos direitos fundamentais, por outro lado, tem também o Legislativo como destinatário, agora submetido ao sistema de valores objetivos e abstratos, que é concebido pelo Tribunal Constitucional. Por tudo isso, *Lüth* marca o ponto de transição não só de uma dogmática, mas de uma Corte, que não se concebe nem atua mais como um simples guardião da ordem constitucional de um país. Ela se transformou no motor de uma busca incessante e incansável de ideias e ideais morais e abstratos como a harmonização de valores ou interesses, o balanceamento ou a otimização. Seu próximo passo: consolidar, de uma vez por todas, o novo modelo da proporcionalidade.

---

<sup>192</sup> Foi o que ocorreu em *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256).

<sup>193</sup> O critério é tão simples e direto a ponto de Bernhard Schlink sustentar a inexistência de uma autêntica ponderação nesse caso. Para esse autor, o que existe aqui é simplesmente uma avaliação do uso que se faz do direito fundamental (Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 20).

<sup>194</sup> Nesse sentido: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgertalt*, p. 186. De maneira similar, afirmando que houve, no caso, uma instrumentalização da liberdade de expressão: Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 264.

### c. *Apotheke*, consolidação do modelo

1858. Seis anos depois da decisão da proibição de partidos, as condições para o triunfo da proporcionalidade já existiam. Fundamentado no discurso da superação do passado, no combate ao positivismo e, sobretudo, com o apoio popular e do gabinete do governo em exercício,<sup>195</sup> o Tribunal Constitucional havia construído um arsenal dogmático novo que lhe possibilitava ampliar seus poderes, tanto em relação ao Legislativo, quanto aos demais órgãos jurisdicionais. *Lüth*, um processo em que se avaliava a interpretação judicial da liberdade de expressão, amplia o poder da Corte em sua relação com a jurisdição de base. *Apotheke*,<sup>196</sup> um processo cujo objeto era a conformidade constitucional de uma norma aprovada pelo Legislador estadual, representa a outra vertente desse processo de expansão. Não por outra razão, a fundamentação do julgamento contém considerações sobre a competência do Judiciário para o controle normativo do Legislador.<sup>197</sup> Eram, por isso mesmo, previsíveis as reações acaloradas tanto contra,<sup>198</sup> quanto a favor dessa decisão.<sup>199</sup>

Karl-Heins R., um farmacêutico radicado em uma pequena comunidade do norte do Estado da Baviera, teve seu pedido de alvará para a abertura de uma nova farmácia negado pela autoridade local. O fundamento de tal decisão estava da nova redação do artigo 3, I, da Lei estadual que regulava o setor farmacêutico (BayGVBl, 267, alterada em 10 de dezembro de 1955). O dispositivo condicionava a concessão da autorização administrativa de funcionamento à garantia da segurança do abastecimento de medicamentos à população (art. 3, I, 'a'), assim como à comprovação da inexistência de dano ou ameaça às bases econômicas do mercado farmacêutico local (art. 3, I, 'b'). A razão para ambas essas condicionantes era a proteção da saúde pública, que poderia ser afetada se a concorrência entre farmácias levasse à venda de medicamentos sem prescrição médica ou à diminuição

<sup>195</sup> Nos dois Senados do Tribunal, predominavam representantes do Partido Democrata Cristão (CDU), então no poder com a administração Adenauer. Para a descrição da tensão política enfrentada pelo Tribunal Constitucional: Thomas Henne, "Von 0 auf Lüth in 6 1/2 Jahren", p. 204 e ss.

<sup>196</sup> Utilizo aqui a expressão alemã, que popularizou o juramento. Literalmente, ela quer dizer "Farmácia".

<sup>197</sup> BVerfGE, 7, 377 - *Apotheke*.

<sup>198</sup> Considerando essa a decisão mais radical, contraditória e idealista da jurisdição constitucional alemã: Horst Empke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", p. 93. Afirmando ser ela obscura, tautológica e subjetiva: Hans Heinrich Rupp, "Bundesverfassungsgericht und Berufsfreiheit", *AöR* 92 (1967): 212-242, p. 231; Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, p. 86; Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, p. 236.

<sup>199</sup> Otto Bachof, um dos primeiros a elaborar uma resenha do julgamento, para quem ele seria o "ponto de referência para toda a interpretação futura, não só do direito do trabalho, mas dos direitos fundamentais em geral" (Otto Bachof, "Zum Apothekeurteil des Bundesverfassungsgericht", *JZ* (1958): 468-471, p. 468).

da qualidade do atendimento. A autoridade local considerou que as farmácias existentes já supriam a demanda e, por isso, negou o pedido de alvará. A reclamação constitucional impugnou tal ato administrativo.

Admitida a reclamação, a fundamentação apresentada pelo Tribunal para declarar a nulidade do ato administrativo em questão tem início com uma exposição acerca do sentido constitucional do termo *profissão* e da liberdade garantida pelo artigo 12 da Lei Fundamental. A primeira parte do inciso primeiro de tal dispositivo constitucional garante a todos os alemães o direito de eleger livremente a sua profissão, o local de trabalho e de aprendizado.<sup>200</sup> Essa é a garantia da liberdade de escolha profissional. A segunda parte do mesmo dispositivo afirma que o exercício da profissão pode ser regulamentado por lei. Surpreendentemente, o ponto de partida da fundamentação da decisão não é o sentido desse dispositivo, mas sim a origem e a finalidade dessa garantia. Já nesse ponto, o Tribunal se aproxima de sua jurisprudência anterior.<sup>201</sup>

Seu primeiro argumento é, novamente, a negação da experiência de Weimar. Ao contrário do artigo 151, 3, da Constituição anterior, no novo dispositivo constitucional, diz o Tribunal, a liberdade de profissão não seria uma simples proclamação da liberdade econômica ou empresarial, condicionada pela ordem social e econômica. Profissão seria dali em diante um direito fundamental exigível e vinculante de toda atividade estatal. Negar e superar o passado quer dizer, portanto, afirmar que os direitos fundamentais devem ser respeitados e aplicados, o que, supostamente, não ocorria antes.<sup>202</sup> Nem mesmo Otto Bachof, um entusiasta desse julgamento, concorda com essa passagem. Com fundamento em Anschütz, ele observou que o artigo 151, quando combinado com o artigo 111,<sup>203</sup> ambos da Constituição de Weimar, era sim considerado um direito fundamental vinculante, e não mero princípio programático da ordem econômica e social.<sup>204</sup> Em sua

---

<sup>200</sup> Diz o dispositivo do artigo 12, 1, da Lei Fundamental: Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizado. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.

<sup>201</sup> BVerfGE 7, 377 (397) - *Apotheke*.

<sup>202</sup> Há inúmeros exemplos que desmentem essa tese. Para os casos de vinculação dos direitos fundamentais na República de Weimar: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 18.

<sup>203</sup> Dispositivo que assegurava a liberdade em sentido amplo.

<sup>204</sup> Há uma contradição mais sutil nesse ponto. O Tribunal nega aqui uma interpretação que foi defendida por partidos de esquerda na assembleia constituinte, a quem interessava que o direito à liberdade de profissão fosse interpretado em sentido econômico e material. Prevaleceu uma redação mais amena do dispositivo, que confere fundamento à afirmação de que o Constituinte elaborou um documento economicamente neutro. Essa é a interpretação defendida pelo Tribunal Administrativo alemão (*BVerwG*). Um dos defensores dessa interpretação contrária foi Hans Peter Ipsen, que, em 1957, apresentou um parecer defendendo a prevalência,

premissa mais elementar, *Apotheke* é, portanto, questionável. A segunda premissa da argumentação do Tribunal está no resgate da construção do direito geral e ilimitado de liberdade de *Elfes*.<sup>205</sup> A imagem antropomórfica do homem em estado de natureza, podendo fazer tudo o que queira, sem nenhuma forma de controle estatal, suposição que leva à conclusão de que toda a ordem jurídica constitucional é de alguma forma, uma limitação dessa liberdade original,<sup>206</sup> ressurge na caracterização da liberdade profissional e de seu exercício como atos de autodeterminação e livre escolha do indivíduo sobre seu próprio destino.<sup>207</sup> O direito à livre escolha e ao exercício de atividades profissionais não seria nada além de uma especificação do direito fundamental à liberdade geral de ação.

Em nenhum momento ocorre ao Tribunal que, ao derivar a proteção especial da liberdade profissional da garantia geral da liberdade de ação, ele torna a previsão de direitos e garantias no texto constitucional desnecessária e tautológica. Afinal, com base nessa mesma premissa, todos os direitos fundamentais, sem exceção, poderiam ser vistos expressões e concretizações de uma única liberdade elementar: o direito geral e natural de liberdade. Tal pressuposto tem consequências ainda mais graves, uma vez que se observe que, concebida em termos tão amplos, a liberdade geral consiste em nada além da concretização normativa da exigência de que toda intervenção estatal na liberdade individual seja justificada. É, portanto, um direito formal e sem conteúdo.<sup>208</sup> Como e em que sentido um direito de conteúdo material, como a liberdade profissional, pode ser

---

mesmo sob a vigência Constituição de Bonn, da função econômica e social da liberdade profissional. Surpreendentemente, o Tribunal Constitucional fundamenta a decisão de *Apotheke* na tese de Ipsen e nega a jurisprudência do Tribunal Administrativo, mas também afirma que a Lei Fundamental é neutra do ponto de vista econômico. A contradição foi logo identificada pela literatura: Horst Empke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, p. 92; Brun-Otto Bryde, “Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit”, *NJW* 39 (1984): 2177-2184, p. 2178.

<sup>205</sup> BVerfGE 6, 32 - *Elfes*.

<sup>206</sup> Criticando a pressuposição, sem fundamento histórico e de fundo naturalista, de uma liberdade sem restrições, tal qual pressupõe o Tribunal em *Elfes*: Klaus Rennert, “Das Reiten im Walde - Bemerkungen zu art. 2, I, GG”, *NJW* (1989): 3261-3263, p. 3263.

<sup>207</sup> Em linhas gerais, Otto Bachof concordava com essa aproximação. Ainda assim, apresentava reservas a ela, pois o direito à liberdade de profissão é garantido somente aos alemães, e o direito geral de ação é dirigido a todos, indistintamente (Otto Bachof, “Zum Apothekeurteil des Bundesverfassungsgericht”, p. 469).

<sup>208</sup> A aproximação proposta por Virgílio Afonso da Silva entre a categoria de “princípios formais”, dentre eles, a competência legislativa, e a “autonomia privada”, que funcionaria “como razão para aceitar a validade das decisões tomadas nas relações entre os particulares” (Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito*, p. 152). A aproximação é problemática, contudo, pois a competência conferida ao legislador confere o poder de alterar a situação jurídica de *outrem* e a autonomia da vontade confere ao indivíduo a faculdade de determinar sua própria vontade. Só a partir do momento em que essa vontade toma forma contratual, ou seja, quando ela se identifica com a vontade de outro contratante, ela passa a consistir em um poder de exigir que o contrato seja cumprido.

derivado de uma garantia sem conteúdo,<sup>209</sup> é uma questão não respondida pelo Tribunal. Mas o sentido dessa expansão da proteção e do conceito do direito à liberdade de profissão se revela quando o Tribunal recorre a *Liith* e, com isso, afirma que também nesse caso estão em jogo valores socialmente relevantes.<sup>210</sup>

Conjugada com o parâmetro amplo da liberdade profissional, essa tese leva à conclusão de que toda manifestação desse direito, seja ela uma escolha ou um exercício do direito de profissão, pode ser igualmente restringida quando colidir com outros valores constitucionais. E tal restrição exige a aplicação da proporcionalidade. Não importa mais, assim, se a conduta protegida é uma escolha ou um exercício de profissão. A distinção dessas categorias foi superada. Ambas são, na visão do Tribunal, manifestações inseparáveis de um único direito fundamental e estão igualmente sujeitas à regulação e restrição estatal. O texto constitucional sucumbe à força da colisão e à necessidade da ponderação de valores. Dois argumentos sustentaram essa tese. Primeiro, a escolha da profissão seria também uma forma de seu exercício. Consequente com esse pressuposto, o Tribunal consideraria, algum tempo depois, que a escolha da carreira, seja antes ou depois do ingresso nos estudos universitários, também é uma forma de exercício da liberdade profissional. Com esse fundamento, os sistemas de admissão em Universidades foram avaliados com base na liberdade profissional.<sup>211</sup>

Em seu segundo argumento, o Tribunal busca no artigo 74, item 19, da Lei Fundamental,<sup>212</sup> o fundamento constitucional para afirmar que é admitida a restrição e o

---

<sup>209</sup> Robert Alexy pretende contornar esse paradoxo com a tese de que o “princípio da dignidade” complementa o direito geral de liberdade em suas expressões mais insignificantes – o autor cita o caso em que o Tribunal constitucional considerou que a alimentação de pombas é uma das manifestações desse direito (Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 325). Mas essa tese só agrava o problema, pois se condutas tão insignificantes quanto alimentar pombas são consideradas expressões da dignidade humana e são, por isso, protegidas pelo direito geral de liberdade, que se dirá, então, de condutas protegidas por outros direitos como manifestações populares, a criação de obras ou representações artísticas? Essas também são expressões da dignidade? Na mesma passagem, Alexy parece perceber esse problema e afirma que outros direitos fundamentais também são derivados da dignidade, sobretudo aspectos relacionados ao indivíduo. Isso nem precisaria ser afirmado, pois, a partir do momento em que à liberdade geral é atribuído o conteúdo material da dignidade e dela são derivados todos os demais direitos, não há mais a possibilidade da diferenciação dos direitos fundamentais entre si. Basta ponderar a dignidade e todas as respostas serão encontradas. E não se sabe mais por que a Constituição cria diversos parâmetros de proteção se a dignidade e a proporcionalidade podem fazer todo o serviço da dogmática constitucional. Sustentando que tais conclusões são incompatíveis com uma o funcionamento do direito em uma sociedade pluralista e complexa: Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais*, p. 193.

<sup>210</sup> BVerfGE, 7, 377 (403) - *Apotheke*.

<sup>211</sup> BVerfGE 33, 303 - *Numerus clausus*.

<sup>212</sup> Diz o dispositivo: A legislação concorrente abrange as seguintes matérias: as medidas contra doenças infectocontagiosas e que representem perigo público para pessoas e animais, a admissão às profissões

regramento da escolha profissional. Esse dispositivo trata das hipóteses de competência legislativa concorrente e cita a atividade farmacêutica como um desses âmbitos de regulação. É simplesmente uma consequência desse pressuposto que, no julgamento sobre objeção de consciência em serviço militar, o Tribunal tenha considerado, com base na norma que confere à União competência para legislar sobre defesa e assuntos exteriores (art. 73, I, GG/1949), que a instituição e o funcionamento do serviço militar são valores constitucionais aptos a restringir a liberdade de consciência, direito que foi garantido pela Lei Fundamental sem a previsão de reserva de lei.<sup>213</sup> Desde de o julgamento de *Apotheke*, as condições para essa conclusão estavam dadas. Normas que definem competências passaram a ser possíveis fontes de valores constitucionais, que, colidindo com direitos fundamentais, exigem a aplicação da proporcionalidade e da ponderação.<sup>214</sup> Com isso, todos os direitos fundamentais, com ou sem reserva de lei, estão sujeitos a uma reserva implícita de ponderação e proporcionalidade.

Interessante é que, ao apresentar o modelo de proporcionalidade aplicável aos casos que envolvam o direito de liberdade de profissão, o Tribunal volta a ter o texto constitucional como referência. Essa reintrodução (*re-entry*)<sup>215</sup> da divisão constitucional entre escolha e exercício da atividade profissional ocorre pela via da construção de três níveis de prova da proporcionalidade. No primeiro nível, os limites objetivos de admissão de atividades profissionais, ou seja, aqueles que estão alheios à escolha do candidato, só podem ser admitidos se forem comprovadamente necessários à realização de bens coletivos de comprovada importância. Limitações que impeçam o exercício concomitante de duas atividades profissionais ou quotas para a admissão em ramos de serviço são julgadas com base nesse nível de prova. No segundo nível, pressupostos subjetivos de

---

médicas, paramédicas e afins, assim como o direito farmacêutico, dos medicamentos, dos produtos medicinais, dos instrumentos de cura, dos entorpecentes e dos tóxicos.

<sup>213</sup> BVerfGE 69, 1 - *Kriegsdienstverweigerung II*.

<sup>214</sup> No voto dissidente do julgamento a respeito da objeção de consciência em serviço militar, os juízes Mahrenholz e Böckenförde identificaram o contrassenso a que se chega com essa admissão: um Estado federal, onde a divisão de competências é mais pormenorizada e complexa conteria muito mais hipóteses de ponderação e restrição de direitos fundamentais que um Estado unitário, resultando disso o acréscimo de poder estatal na intervenção de direitos fundamentais. Paradoxo, pois uma das ideias implícitas à federação é justamente a contenção, não a expansão, do poder: BVerfGE 69, 1, (59). Na mesma linha, sustentando que, ao admitir que normas definidoras de competências institucionais possam ser consideradas como fundamento para a relativização de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional elimina o sistema constitucional dessas normas: Marcus Schladebach, “Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip”, *Der Staat* 53 (2014): 263-283, p. 270.

<sup>215</sup> Cf. Anna-Berrina Kaiser, “Das Apotheken-Urteil des BVerfG nach 50 Jahren - Anfang oder Anfang vom Ende der Berufsfreiheit”, p. 846.



admissão são admissíveis se e na medida em que a ausência desses pressupostos puder acarretar danos sensíveis à sociedade. Exames de aptidão técnica e certificados de especialidade profissional são julgados nesse nível.<sup>216</sup>

Por fim, a limitação do exercício do emprego é admissível se e quando, em um controle de evidência, se verifique que a regulação atende a um bem comum. Há, portanto, uma variação da intensidade da prova da proporcionalidade em função do nível em que o caso é enquadrado. No terceiro e último nível, a prova da proporcionalidade avalia somente se a legislação restritiva tem uma relação de adequação com a finalidade que persegue. No segundo nível, a prova conjuga a avaliação do fomento da finalidade perseguida com a verificação da eventual desproporção entre a restrição e a finalidade.<sup>217</sup> Não se exige, é importante salientar, igualdade ou a harmonização dos valores em jogo, mas sim que haja uma descompatibilidade tal entre a restrição e o benefício por ela trazido, que torne a medida inviável. Por fim, no nível mais alto da prova, todos os testes da adequação e da desproporção entre meios e fim também seriam aplicados, com a diferença que, aqui, a prova da adequação é mais intensa, pois se exige que o meio comprovadamente atinja a finalidade almejada e que essa represente a prevenção de um perigo comprovadamente grave para a comunidade. No interior dos níveis, a prova da necessidade não é aplicada. Nos dois últimos, porque esse teste representaria uma sobrecarga do nível de controle. No primeiro, porque ela é substituída pela prova da comprovação da gravidade do dano acarretado por sua ausência.<sup>218</sup> A necessidade é aplicada, contudo, na escolha dos níveis de prova: a restrição praticada em um nível superior só é admitida se comprovado que a finalidade almejada não pode ser atingida com base na prova do nível anterior.<sup>219</sup>

Duas são as críticas dirigidas à teoria dos níveis apresentada pelo Tribunal constitucional. A primeira parte da constatação de que os níveis não são estanques e que uma conduta pode ser arbitrariamente classificada em cada um deles. Comprovado pelo desenvolvimento posterior da jurisprudência do Tribunal, esse fato tornaria a distinção dos

---

<sup>216</sup> BVerfGE 41, 378 - *Fundstelle*.

<sup>217</sup> Essa conclusão fica clara em: BVerfGE 9, 338 - *Hebammen-Beschluß*.

<sup>218</sup> Nessa linha: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 155.

<sup>219</sup> BVerfGE 7, 377 (408).

níveis prescindível.<sup>220</sup> Essa crítica comete o mesmo erro daqueles que pressupõem que a defesa da liberdade pressupõe a definição de um campo de proteção ou dos que veem na distinção entre âmbito protegido e intervenção a prova da necessidade da existência de uma liberdade anterior e exterior a qualquer regulamentação jurídica. Todas essas suposições são exemplos de um pensamento que naturaliza técnicas jurídicas e, por isso, exige a correspondência completa entre a função jurídica e a realidade. Esse é o caminho para distinções incorretas, como a oposição entre as teorias interna e externa das limitações aos direitos fundamentais, que levam a discussões sem fim.<sup>221</sup> O mesmo ocorre com a crítica à teoria dos níveis: ela confunde uma criação técnica, que, na falta do substrato textual, foi construída para direcionar a decisão judicial, com uma afirmação sobre a essência da conduta analisada. Se em uma dada situação a teoria dos níveis é aplicada com mais dificuldade que em outra, isso não tira seu sentido e seu valor no direcionamento da decisão judicial. Ao contrário, reforça sua necessidade.<sup>222</sup>

A segunda crítica afirma que a teoria dos níveis é tautológica, pois, se a determinação dos níveis de prova decorre do peso dos valores em jogo, iniciar a avaliação com a definição do nível em que ela ocorrerá equivale a antecipar uma decisão que só deveria ocorrer ao final do teste da proporcionalidade.<sup>223</sup> O argumento também não convence. A distinção dos níveis não impõe uma antecipação da ponderação. Ela simplesmente exige que se avalie o valor das finalidades a serem perseguidas. Com base nessa análise, a teoria procede com a divisão dos níveis com base na prova da necessidade. Se o nível mais baixo da prova for suficiente para avaliar o caso, o teste não avança além desse ponto. A medida será desproporcional se for comprovada sua inadequação. Se, ao contrário, o caso for escalonado nos níveis mais altos de prova, será necessário aplicar a proporcionalidade em sentido estrito e, no grau mais alto, deverá ser comprovada a

---

<sup>220</sup> Nesse sentido: Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 225; Brun-Otto Bryde, “Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit”, p. 2181.

<sup>221</sup> Afirmando que, sobretudo quando se trata da regulação do direito ao trabalho, essa oposição não tem sentido, pois a regulação é sempre constitutiva do direito: Hans Heinrich Rupp, “Bundesverfassungsgericht und Berufsfreiheit”, p. 231.

<sup>222</sup> Como observou corretamente Peter Lerche, a teoria das esferas não é regra definitiva, mas sim uma regra de orientação (Peter Lerche, “Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgericht”, *BayVBl* (1958): 231-235, p. 233). O mesmo contra-argumento vale para a crítica de Laura Clérico à distinção entre as esferas de criação (*Wirkbereich*) e difusão (*Werkbereich*) da produção artística, que auxilia a distribuição de cargas argumentativas em casos de intervenção nessa liberdade (Cf. Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 235). Assim como os níveis de prova da liberdade de profissão, essa distinção é simplesmente uma criação jurídica para orientar a prova da intervenção. O fato de a distinção entre essas esferas ser muitas vezes difícil não afasta sua utilidade.

<sup>223</sup> Cf. Hans Heinrich Rupp, “Bundesverfassungsgericht und Berufsfreiheit”, p. 233.

importância e a gravidade da finalidade perseguida. Corretamente aplicada, a teoria dos níveis não gera nem pressupõe, portanto, qualquer ponderação.<sup>224</sup> Ela é simplesmente um procedimento por meio do qual os testes da proporcionalidade são distribuídos em diferentes níveis de prova. Na verdade, o problema da prova realizada em *Apotheke* não está na construção da teoria dos níveis, que, se bem utilizada e compreendida, pode ser um importante instrumento auxiliar das decisões jurisdicionais. O problema está na indeterminação excessiva dos valores e direitos colocados em jogo.

Quanto a isso, Otto Bryde observou corretamente que a ausência de determinação do conceito de profissão, decorrente da aproximação com *Elfes* e da conseqüente amplitude da proteção conferida a esse direito, não só diminui a força normativa da proteção constitucional, pois a sujeita a constantes e frequentes restrições e ponderações, como também leva à desorientação da prova, pois não há nenhum elemento material que possa guiar o restante da avaliação.<sup>225</sup> Por isso, esse autor propôs que a aplicação da proporcionalidade tenha início com a descrição mais precisa do conteúdo protegido pelo direito fundamental à liberdade de profissão, o que, conseqüentemente, levará à identificação dos possíveis fatores que legitimariam sua restrição.<sup>226</sup> Com a maior concreção e especificação dos conteúdos protegidos pelos direitos fundamentais, as colisões entre direitos seriam cada vez mais raras. E quando elas existissem, sua solução seria orientada pelo conteúdo material do direito protegido. Não por ideais e abstrações. Esse é sentido da jurisprudência e pela literatura constitucional recentes.<sup>227</sup> É também a premissa da proposta de reconstrução da proporcionalidade, defendida nesta tese.

---

<sup>224</sup> Nesse sentido: Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht*, p. 51.

<sup>225</sup> O mesmo problema ocorre na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, desde a década de 1970, trata a liberdade de profissão como um valor sem contornos normativos e dogmáticos precisos.

<sup>226</sup> Cf. Brun-Otto Bryde, “Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit”, p. 2181.

<sup>227</sup> Dentre outras decisões, nesse sentido: BVerfGE 105, 252 - *Glykol*; BVerfGE 105, 279 - *Osho*. Para uma lista de casos com orientação semelhante: Wolfgang Kahl, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 43 (2004): 167-202. Para a defesa do novo modelo: Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, *Der Staat* 43 (2004): 203-233.

#### d. O percurso de formação e de suas consequências

Seis anos após a decisão do caso de proibição de legendas partidárias,<sup>228</sup> a revolução do conceito de proporcionalidade estava terminada. A finalidade da prova não era mais a defesa do indivíduo, e sim a busca de harmonizações. Seu efeito não era mais controlar o Poder estatal, mas fornecer fundamentos para a consecução de finalidades consideradas social e teoricamente valiosas. Seus limites não estão mais presos à interpretação do texto constitucional, pois se admite como pressuposto de sua nova configuração que, mesmo onde a Constituição silencia, colisões entre direitos fundamentais e deles com interesses ou valores públicos ou sociais podem ocorrer.<sup>229</sup> Os fundamentos e as razões dessa virada são figuras recorrentes nas decisões desse período. O sentimento de rejeição do passado e a busca pela construção de um novo futuro levaram o Tribunal a afastar construções dogmáticas anteriores a 1949, salvo aquelas que, como a de Rufolf Smend, combatiam o pensamento antes dominante. E essa aversão ao passado leva a uma opção metodológica e teórica, que tem efeitos dogmáticos: a negação do positivismo vem sempre acompanhada da opção pela teoria dos valores. Sob o ponto de vista institucional, o recém-criado Tribunal Constitucional tinha de afirmar sua autoridade sobre os demais órgãos jurisdicionais, circunstância que o faz negar as orientações dos demais Tribunais superiores, mesmo quando elas se identificam com as suas teses.<sup>230</sup>

Finalmente, as características da proporcionalidade foram completamente alteradas. Antes, uma prova que buscava identificar e anular decisões e atos específicos, considerados excessivamente gravosos aos titulares de direitos fundamentais. Após, um argumento com características e parâmetros amplos, que avalia a compatibilidade e a correlação de valores, que por sua vez têm, eles mesmos, uma pretensão universalizante. Não é nenhuma surpresa que, a partir de então, a aplicação da proporcionalidade tenha se

---

<sup>228</sup> BVerfGE 2, 1 - *SRP-Verbot*, julgamento em que, como já foi aqui observado, a proporcionalidade ainda não aparece como parâmetro de controle, mas que serviu de fundamento para o primeiro caso em que essa prova foi utilizada na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

<sup>229</sup> Admitindo tal conclusão como pressuposto de toda avaliação de limitações de direitos fundamentais: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Ed., 2010, p. 570 e ss; Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a Lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?”, in: Cláudio Pereira Souza Neto/ Daniel Sarmento/ Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

<sup>230</sup> Como foi demonstrado anteriormente, foi o que ocorreu em *Apotheke*.

espraiado por quase todos os campos do direito.<sup>231</sup> Propriedade, liberdade, igualdade, privacidade, liberdade artística e também direitos sociais e prestações, em que falta o elemento da intervenção, passaram a se submeter à proporcionalidade. Convertida em parâmetro teórico, universal e geral, não há mais demanda, ação ou procedimento em que sua aplicação seja incabível e não há mais configuração ou limite dogmático que impeça seu uso. Nesse ponto, a proporcionalidade cumpre seu destino de flexibilizar e uniformizar toda a ordem normativa. Por isso mesmo, a partir de então não é mais necessário apresentar os contornos ou a função específica dos direitos fundamentais em específico. Por contrariar a pretensão universalizante dos valores, essa determinação dos conceitos e pressupostos dos diferentes direitos, que é a função mais elementar da dogmática, passa a ser vista como uma metodologia pouco transparente e, no limite, antidemocrática. Afinal, sempre poderá haver situações ou interesses que, colidindo, determinarão um novo resultado para o julgamento e uma nova direção para a dogmática. Mas, justamente nesse ponto, a função do texto constitucional, a previsibilidade das decisões judiciais, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais e a dogmática jurídica atingem seu mais baixo grau de importância e efetividade. Ponto zero, dogmático e democrático.<sup>232</sup>

Quando e se isso ocorre, a proporcionalidade estará completamente deslocada de sua função de defesa e do conceito de intervenção. O pressuposto de sua aplicação não é mais a intervenção estatal. A própria necessidade de harmonizar, ou otimizar, valores e interesses, já é razão suficiente para exigir que a proporcionalidade seja utilizada e para que a ponderação ocorra.<sup>233</sup> Como, na prática, conflitos, argumentos e visões diferentes sempre existem, a proporcionalidade e a ponderação reafirmam sua vocação de onipresença ou ubiquidade no direito: sempre que houver um conflito de argumentos jurídicos, há proporcionalidade. Enfim, transplantada para esse nível de abstração, os efeitos da proporcionalidade também podem se inverter. Dela não resulta mais só a

---

<sup>231</sup> Prevalece ainda a ideia de que a proporcionalidade tem aplicação em questões que envolvam direitos fundamentais. Estão excluídos de seu campo, portanto, casos envolvendo conflito federativo ou entre órgãos da administração pública. Nessa linha: BVerfGE 81, 310 - *Kalkar II*. A única exceção a essa orientação está na garantia de autonomia comunal, garantida pelo artigo 28, 2, LF, hipótese em que se admite a aplicação do teste. Conferir, nesse sentido: BVerfGE 56, 298 - *Flugplatz Memmingen*.

<sup>232</sup> Denunciando essa redução: Uwe Volkmann, "Veränderungen der Grundrechtsdogmatik", p. 264. Especificamente quanto ao modelo da teoria dos princípios: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 81; Matthias Jestaedt, "The doctrine of Balancing - Strengths and Weaknesses", in: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized reason: The jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012, p. 166.

<sup>233</sup> Nessa linha de argumentação: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 73; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 157. Contra, afirmando que a função do teste se restringe à defesa da liberdade: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 230.

proteção de direitos e de seus titulares, mas também a criação de deveres, pois a proteção de um valor sempre representa a restrição de outro. E a realização de um valor social pode muito bem exigir sacrifícios da liberdade individual.

A consequência desses pressupostos foi apresentada pelo Tribunal Constitucional no segundo julgamento a respeito da constitucionalidade da descriminalização do aborto. A proporcionalidade é convertida em seu oposto: proibição de proteção deficiente.<sup>234</sup> Os inúmeros paradoxos e mistérios dessa figura, como a ausência da determinação do nível de proteção exigido pelo parâmetro constitucional,<sup>235</sup> são indicativos da completa perda de parâmetros dogmáticos da proporcionalidade. Uma questão específica ilustra esses problemas. Um dos pontos centrais da polêmica distinção entre proporcionalidade, enquanto proibição de excesso em oposição à proteção deficiente, está na compatibilidade do teste da necessidade com essa última vertente. Se, ao criar uma norma, o Estado intervém na liberdade de alguém, a necessidade oferece uma forma de se provar que havia outros meios menos restritivos do direito afetado. Quando essa relação envolve duas pessoas ou dois direitos diferentes, a prova terá de levar em conta dois parâmetros diferentes e, em relação a cada uma dessas normas, a intervenção estatal poderá ser considerada desnecessária. Isso quer dizer que a intervenção nos dois direitos deve ser comparativamente mínima, mas também indica que a proteção contra a ação estatal deve ser comparativamente máxima.<sup>236</sup> Com isso, não há razão para se recorrer à figura da proteção deficiente. O mesmo raciocínio vale para o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Seja na vertente negativa, que impede a relação de desproporção entre meios e fins, seja na vertente positiva, que impõe o atendimento de um grau máximo de efetivação dos direitos em conflito, o que essa prova exige é a preservação de um grau de proteção de um direito, que é determinado em função do grau de proteção que se confere ao direito contraposto.<sup>237</sup> A proteção mínima de um direito representa, em situações como essas, a proteção máxima do outro, e tal conclusão prescinde de outra prova que não a proporcionalidade em sua vertente original: proteção contra excessos do poder estatal.

---

<sup>234</sup> BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*.

<sup>235</sup> Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen", p. 176.

<sup>236</sup> Demonstrando essa e outras inconsistências da distinção entre proteção deficiente e proibição de excesso: Karl-Eberhard Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot", *DVBl* (1993): 982-984.

<sup>237</sup> Acerca das vertentes positiva e negativa do teste da proporcionalidade em sentido estrito: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 96.

Dessa forma, quando Claus-Wilhelm Canaris afirma que a proteção dos direitos fundamentais não deve ser inferior ao que é exigido pelo parâmetro constitucional e, ao mesmo tempo, não deve ocasionar uma intervenção excessiva, ou desproporcional,<sup>238</sup> essa afirmação não implica a criação de duas estruturas diferentes da proporcionalidade. Ao contrário, ela simplesmente constata os efeitos da prova, quando aplicada em relações envolvendo dois ou mais sujeitos, titulares de direitos fundamentais idênticos ou distintos. Não há, portanto, razão para distinção entre proteção deficiente e proibição de excesso.<sup>239</sup> A solução desenhada pelos defensores da proteção deficiente simplesmente agrava esse problema. Ao contrário do que ocorre com a proibição de excesso, na proteção deficiente, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não seriam analisadas com base nos efeitos e consequências de uma medida estatal específica, cuja finalidade é determinada pela autoridade competente ou pela interpretação judicial. Para isso, seria preciso pressupor a existência de uma medida, com finalidades e efeitos extraídos diretamente do parâmetro constitucional – no caso, os direitos fundamentais. É o que se convencionou chamar de hipótese, ou medida, transcendente.<sup>240</sup> Só com base nessa referência abstrata, seria possível avaliar se a medida concreta é adequada, necessária, enfim, proporcional.

Para conceber a possibilidade da proteção deficiente seria, portanto, necessário realizar uma tripla abstração. Primeiro, quanto ao fim perseguido pelo Estado, não importa se a autoridade diz expressamente que, ao criar um ato normativo, pretende perseguir um fim constitucional específico. Essa declaração poderá – deverá, na verdade – ser solenemente desconsiderada pelo órgão de controle, por força de uma determinação constitucional específica para aquele caso. Segundo, os efeitos gerados pela medida estatal devem ser abstraídos, pois o que realmente importa para a prova são os efeitos de uma

---

<sup>238</sup> Cf. Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts”, *JuS* (1989): 161-172, p. 163.

<sup>239</sup> Em um sistema de controle de constitucionalidade que, como o brasileiro, contenha um instrumento específico de controle de omissões constitucionais, essa conclusão é ainda mais evidente. Afinal, nesse caso, se a omissão for absoluta, existirá uma inconstitucionalidade *tour court*, que, no caso, acarreta a notificação do órgão competente para que a lacuna seja suprimida (art. 103, § 2º, CF/1988). Uma omissão relativa, por outro lado, representa antes de tudo uma afronta ao direito de igualdade que, conforme demonstrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, pode ser avaliada por uma variante da prova da proibição de exceção e de forma alguma pressupõe a utilização da figura da proibição deficiente.

<sup>240</sup> Defendendo o modelo “transcendente” da proibição de insuficiência: Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 71; Lars Peter Störing, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, Berlin, Duncker und Humblot, 2009, p. 126. De forma semelhante, mas sem utilizar a nomenclatura: Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, in: Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2007, p. 176.

medida imaginária, construída diretamente por uma hipótese do julgador, que, para isso, se baseia unicamente em parâmetros igualmente gerais, abstratos e inespecíficos como os direitos fundamentais. Para terminar, será preciso comparar os efeitos pressupostos da medida igualmente pressuposta com os efeitos, também inexistentes, que faltam à medida efetivamente realizada pelo órgão estatal. Só então, ou seja, com base nesse conjunto de suposições e ilações imaginárias, seria possível “comprovar” a insuficiência da proteção.

Uma prova tão etérea quanto essa é o exato oposto do que exigia a proporcionalidade em sua feição original.<sup>241</sup> Ela era um teste relacionado com atos reais e fatos que deles decorriam. Suas exigências eram voltadas à comparação desses fatos com outros, igualmente verificados na prática, que teriam efeitos diversos e, possivelmente, menos gravosos ao titular de direitos fundamentais.<sup>242</sup> Era, portanto, uma prova que trabalhava com parâmetros concretos e que, por isso, tendia a conferir maior previsibilidade e estabilidade às decisões judiciais e maior controle da ação estatal restritiva de direitos.

O contrário é o que ocorre quando à proporcionalidade são atribuídas características tão abstratas e irreais quanto as verificadas na proibição de proteção deficiente. Nesse caso, não há nenhum fato a ser analisado; só suposições e ilações. Nela inexistente, por isso, qualquer função de contenção de poder. Ao contrário, quando convertida em instrumento voltado a suprir deficiências, a proporcionalidade serve de fundamento para a criação de normas, que, nos casos mais graves, podem ser sanções, até mesmo penais, não previstas ou revogadas pelo Legislador.<sup>243</sup> Ou seja, no fim de seu percurso de formação, a proporcionalidade, antes uma técnica de defesa de liberdades, se tornou um instrumento de

---

<sup>241</sup> Alheia a todos esses problemas e contradições, a literatura jurídica brasileira simplesmente repete a fórmula pronta “a proporcionalidade tem uma dupla dimensão”, sem se dar conta que a segunda dimensão é, na verdade, a negação da primeira. Problemáticas, nesse sentido, são as afirmações de Ingo Wolfgang Sarlet (“Os direitos sociais como direitos fundamentais”, in: George Salomão Leite/ Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009) e Luciano Feldens, para quem “no âmbito da proibição da proteção deficiente a constatação da necessidade de uma intervenção esclareceria que para o cumprimento do respectivo encargo constitucional inexisteriam possibilidades mais suaves” (*Direitos fundamentais e direito penal - a Constituição penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 162). Se é assim, qual a diferença entre o teste da necessidade da proteção deficiente e da proibição de excesso? E qual é a necessidade de se falar em proteção deficiente?

<sup>242</sup> Até hoje há quem, como Bernhard Schlink, defenda esse modelo: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, in: Peter Bandura/ Horst Freier, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr, 2001, p. 445 e ss.

<sup>243</sup> Nessa linha, a crítica dos juízes Rupp v. Brünneck e Simon em seu voto dissidente em *BVerfGE* 39, 1 (70) - *Schwangerschaftsabbruch I*.



coerção e intimidação.<sup>244</sup> Justamente o oposto, não só de sua feição original, como também da função primordial dos direitos fundamentais, que, para utilizar a formulação de *Lüth*, são antes de mais nada meios de defesa do indivíduo contra os exercícios do Poder estatal.<sup>245</sup> Com esse perfil, a proporcionalidade se espalhou pela Europa e depois para o mundo e foi louvada como o paradigma universal do direito novo constitucional global.<sup>246</sup> União europeia,<sup>247</sup> Canadá,<sup>248</sup> África do Sul,<sup>249</sup> Israel,<sup>250</sup> Austrália,<sup>251</sup> e até mesmo o Reino Unido,<sup>252</sup> passaram a utilizar a proporcionalidade. Os Estados Unidos da América resistem como um dos únicos países em que o teste não é aplicado.<sup>253</sup> Esse é também o modelo que se instalou no Brasil, 50 anos depois.

---

<sup>244</sup> Percebendo essa inversão: Basak Çali, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 1 (2007): 251-270, p. 253.

<sup>245</sup> BVerfGE, 7, 198 (204).

<sup>246</sup> Stone Sweet/ Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, p. 72.

<sup>247</sup> A primeira decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que utiliza a proporcionalidade foi “Fédechar” (Fédechar v. Alta autoridade da CECA, Rs. 8/55), mas a jurisprudência constante teve início com “Internationale Handelsgesellschaft” (*Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rn. 11/70). A esse respeito, com outras citações da jurisprudência das Cortes europeias: Eckhard Pasche, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften”, *NVwZ* 10 (1999): 1033-1040, p. 1034.

<sup>248</sup> *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103. O teste canadense tem, contudo, diferenças marcantes em relação ao modelo alemão, sobretudo no que diz respeito à configuração e avaliação da necessidade da conduta estatal interventiva.

<sup>249</sup> *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391.

<sup>250</sup> *Euronet Golden Lines Ltd. v. The Minister of Communication*, H CJ 987/94. Admitindo a influência alemã e canadense na construção do modelo israelense: Aharon Barak, “Proportional Effect: The Israeli Experience”, *Toronto Law Review*, v. 57, n. 2 (2007): 369-382, p. 370.

<sup>251</sup> *Kartinyeri v. Commonwealth* (1998) 152 ALR 540.

<sup>252</sup> *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* (1999) 1 A.C. 69; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex. p. Daly* (2001) 3 All ER 433. Sobre a assimilação da proporcionalidade no direito inglês: Julian Rivers, “Proportionality and Variable intensity of review”, *Cambridge Law Journal* 65 (2006): 174-207, p. 177.

<sup>253</sup> Contudo, em *District of Columbia v. Heller*, 128 S.Ct 2783, 2852 (2008) e em *Thompson v. W. States Mes. Ctr* 535 US, 357, 388 (2002) o juiz Stephen Breyer utiliza a proporcionalidade em seu voto dissidente.

## IV. O Brasil dos anos 50 e cinquenta anos depois

### a. Jurisprudência e terminologia

Nomes e nomenclaturas são convenções criadas para identificar conceitos e facilitar a comunicação e a compreensão. Mas quando um mesmo nome, ao invés de identificar um único objeto, significa muitas coisas ao mesmo tempo, a terminologia deixa de auxiliar a dogmática e passa a ser uma fonte de dificuldades. É exatamente isso o que ocorre com a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. As decisões desse Tribunal em que esse termo aparece têm os mais diversos sentidos. Proporcional pode significar a divisão equitativa do pagamento de custas judiciais,<sup>254</sup> a relação entre a remuneração paga na atividade do servidor e os proventos pagos aos aposentados<sup>255</sup> ou a relação entre a base de cálculo e a alíquota de um imposto.<sup>256</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da década de cinquenta utilizava o termo em todos esses sentidos. Isso não quer dizer que esses sejam exemplos da aplicação da técnica de controle de constitucionalidade, denominada proporcionalidade. Nome e conceito estão, nessas hipóteses, apartados e, apesar de os Ministros mencionarem o termo *proporcionalidade*, não utilizam a técnica de controle de constitucionalidade aqui analisada. Mas é igualmente possível o contrário, ou seja, que o conceito e a técnica da prova sejam utilizados, sem que seu nome seja mencionado. Como solucionar esse impasse?

Uma primeira hipótese seria utilizar um padrão fixo do teste da proporcionalidade e, confrontando-o com o teste utilizado pela jurisprudência, avaliar se a prática corresponde ao conceito pré-formado.<sup>257</sup> Mas essa estratégia tem poucas chances de êxito. Para que ela

---

<sup>254</sup> RE 39167/MS, rel. Min. Lafayette de Andrade, j. 15 de janeiro de 1959.

<sup>255</sup> RE 79719/SP, rel. Min. Lafayette de Andrade, j. 2 de dezembro de 1955.

<sup>256</sup> RMS 1936/DF, rel. Min. Nelson Hungria, j. 5 de novembro de 1953.

<sup>257</sup> Essa foi a metodologia utilizada por Virgílio Afonso da Silva, para quem a proporcionalidade tem uma “estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade” (Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 30). A análise da jurisprudência alemã indica exatamente o oposto, pois os julgamentos apresentam uma grande variedade de subtestes, não os ordena de forma escalonada, como aliás ocorreu em *Gesamtdeutscher Block e Apotheke* e, mais importante, muitas vezes utiliza os termos proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos, como também ocorre em *Apotheke*. Para demais casos e fundamentos dessa identificação entre proporcionalidade e

tivesse algum sentido, seria preciso pressupor que a proporcionalidade é sempre uma prova de padrão fixo, que sua configuração não tem ou não apresenta qualquer variação e que seu conceito e seus pressupostos também não são, ou não podem ser, variáveis. Não é isso o que ocorre na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, onde o teste da proporcionalidade assume formas distintas em função de sua aplicação em defesa de diferentes direitos fundamentais. Também na literatura são encontrados modelos da proporcionalidade com dois,<sup>258</sup> três,<sup>259</sup> quatro<sup>260</sup>, enfim, cinco subtestes,<sup>261</sup> cada um deles também com variação de conteúdo e precedência entre os elementos da prova. Esses modelos aproximam, ou incluem, as noções de proporcionalidade e razoabilidade,<sup>262</sup> como também as opõe e separa.<sup>263</sup> Enfim, se a comparação entre os diferentes modelos envolver os testes praticados em países diferentes, o problema se agrava, pois, enquanto a Alemanha e a África do Sul depositam maior peso e relevância no último passo da proporcionalidade, o Canadá utiliza os dois primeiros subtestes e, por isso, nunca precisou recorrer à ponderação para solucionar casos de restrição de direitos fundamentais.<sup>264</sup>

Avaliar uma prática jurisprudencial com base em só um modelo da prova soa, portanto, como uma inversão metodológica, pois, nesse caso, a escolha da base de

---

razoabilidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 79 a 83 e 91 e ss.

<sup>258</sup> Na literatura, utilizando somente a proporcionalidade e a necessidade, ambas como subtestes da vedação de excesso: Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, p. 21. Na jurisprudência: BVerfGE 23, 167 (133) - *Ersatzdienstverweigerung*.

<sup>259</sup> Apresentando a proporcionalidade com os subtestes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: BVerfGE 19, 119 (127) - *Couponsteuer*. Na literatura: Martin Morlok/ Lothar Michael, *Grundrechte*, 3. Auf., Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 295.

<sup>260</sup> É a direção da nova jurisprudência constitucional - utilizando os testes da legitimidade dos fins e meios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: BVerfGE 65, 1 (54) - *Volkszählung*. Na literatura, utilizando os testes da legitimidade dos fins, legitimidade dos meios, adequação e necessidade: Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 67 e ss. De modo similar, afirmando que o teste contém os subtestes da legitimidade de fins e meios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nesse caso entendido como um teste de desproporcionalidade, que dispensa a ponderação ou a otimização de princípios constitucionais: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 325.

<sup>261</sup> Sustentando que a prova geral da proporcionalidade contem os subtestes da legitimidade de fins e meios, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e também razoabilidade: Detlef Merten, "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", p. 546.

<sup>262</sup> Afirmando que a proporcionalidade em sentido amplo exige bom senso e razoabilidade: Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 16.

<sup>263</sup> Também nessa linha: Jörg Lücke, "Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit", *DÖV* 22 (1974): 769-771.

<sup>264</sup> Para uma apresentação das diferenças dos modelos canadense e alemão e salientado ausência da ponderação no primeiro: Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto law Journal*, v. 57, n. 2 (2007): 383-397, p. 393 e ss; Stephen Garbaum, "Limiting constitutional Rights", *UCLA Law Review* (2007): 789-854, p. 830.

comparação antecede a pesquisa do sentido que a prova assume na prática. O trabalho dogmático exige justamente o contrário. É preciso, antes de tudo, avaliar o uso que se faz da técnica, seja ele acompanhado da sua citação nominal ou não. Para isso, não é necessário partir do zero. A coleta e a classificação das decisões que utilizaram a técnica é um processo contínuo, realizado pelo trabalho coletivo da prática e da dogmática. As influências devem e podem ser aferidas não só com um instrumento de busca, mas sim por meio de um trabalho comparativo que envolve a literatura já produzida e as decisões que replicam e aplicam a técnica. Identificadas as tendências ou as finalidades do conjunto de julgamentos, é preciso então atribuir um sentido que lhes confira coerência e identidade.

Afirmar que, tal qual utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, a proporcionalidade é um *topos*, ou seja, um instrumento retórico e sem sistemática, é, portanto, negar a própria finalidade da dogmática. É dela, afinal, dogmática, a função de interpretar a prática jurisprudencial. O sentido, quer da técnica quer da jurisprudência, não existe em estado puro, antes da interpretação. Quem fornece diretrizes e significado a esse processo, com base na interpretação do texto da lei e da Constituição e, se necessário, com fundamento em conceitos e noções teóricas, é a própria dogmática. Não a prática ou a teoria. Partir de uma concepção teórica específica e, com ela, pretender julgar a correção ou incorreção da prática, é um erro tão grande quanto julgar sem fundamento teórico. Nos dois casos, a característica específica do direito, que se encontra na relação entre prática e teoria estabelecida pela dogmática jurídica, é negada.<sup>265</sup> Pesquisar, identificar e analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a proporcionalidade é, portanto, uma busca do sentido que pode ser atribuído a uma prática já existente, que foi construída como resposta a dificuldades concretas e com fundamento em textos e normas constitucionais específicos. Sintetizada e sistematizada com base em modelos teóricos, essa prática passa a ter um sentido técnico, que, por sua vez, reduzindo a liberdade de criação do julgador que eventualmente se depare com casos semelhantes aos já analisados, replica e re replica o modelo, que, com isso, ao final do processo, se vê reforçado. Como ponto de início é, portanto, necessário identificar a função da prova para a prática. No caso do Brasil, essa função está na defesa do indivíduo contra o abuso do Poder estatal.

---

<sup>265</sup> Em sentido contrário, utilizando o modelo de proporcionalidade adotado pela teoria dos princípios e afirmando que, por não se enquadrar a esse parâmetro teórico, a prática jurisprudencial brasileira é um *topos* retórico: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 31.

## b. Origem no modelo de defesa

O ponto de partida é, mais uma vez, a década de 1950. Enquanto o Tribunal Constitucional alemão construía seu sistema de valores e abandonava o modelo da proporcionalidade criado na tradição do direito policial, no Supremo Tribunal Federal surgiam os primeiros casos em que uma prova semelhante à concebida por Svares era aplicada. O voto de Orozimbo Nonato, em um recurso extraordinário em que se discutia o aumento do valor de tributos e os limites do poder estatal de taxar, é o exemplo e a referência dessa primeira fase da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>266</sup> Se o fundamento dessa demanda fosse simplesmente o caráter excessivo ou confiscatório do tributo, ela não teria maior relevância para a construção do modelo de defesa. Mas a argumentação desenvolvida no acórdão é outra. Dois argumentos, um do acórdão recorrido, outro da decisão do Supremo Tribunal Federal, aproximam essa decisão do modelo policial do século dezenove.

O primeiro desses argumentos foi apresentado pelo juiz de primeira instância. Para declarar a inconstitucionalidade do tributo, ele desloca o parâmetro da avaliação. Confiscatório e inconstitucional, seria, em sua visão, o tributo que afetasse diretamente a liberdade ao livre exercício do trabalho, e não simplesmente a propriedade. O parâmetro de controle era, portanto, o §14, não o §16, do artigo 114, da Constituição de 1946. A decisão proferida no Tribunal de Justiça buscou afastar essa conclusão com o argumento de que tal liberdade garantiria a escolha e o exercício da profissão, mas não assegurava privilégios. O argumento surpreende porque confunde a defesa do direito fundamental com regalias. Contra essa visão deturpada, que só tem explicação em função da proximidade entre a decisão e o fim do período de exceção iniciado em 1937, seria possível argumentar que, se houve intervenção no conteúdo protegido pelo direito fundamental, a única parte a quem se atribuiu algum privilégio foi ao Estado, titular exclusivo do poder de restrição de tais conteúdos normativos. É justamente por isso que a intervenção deve ser justificada e não pode ser afastada por presunções, sejam elas quais forem, inclusive a muito pouco compreendida, presunção de constitucionalidade das leis.<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> RE 18.331/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 21 de setembro de 1951. Em sentido semelhante, mas sem distinguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em fases: Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 157.

<sup>267</sup> O acórdão cita de forma incorreta a doutrina de Lúcio Bittencourt, que, reconhecidamente era um dos críticos, não um defensor, da noção presunção de constitucionalidade. Para uma reformulação crítica do

Orozimbo Nonato seguiu outro caminho. Ele aproxima as atividades legislativa e administrativa, afirmando que também o poder de taxar “não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*”.<sup>268</sup> Em sua primeira aparição, o modelo já se mostra muito próximo ao praticado no direito policial prussiano. Sua peculiaridade é a extensão à atividade legislativa. Mas a causa dessa aproximação está na própria matéria do recurso e no ato atacado. A avaliação incide sobre um ato específico: a tributação, considerada excessiva, daquele contribuinte. O objetivo é, assim, identificar se aquela pessoa poderia suportar a carga tributária e se seu direito à liberdade profissional havia sido restringido em excesso. Eram, portanto, dois parâmetros distintos, que exigiriam a utilização concomitante de duas técnicas de controle. A proporcionalidade em sentido estrito seria a técnica aplicável para avaliar a restrição da liberdade profissional. Por sua vez, a razoabilidade seria a técnica destinada a aferir a suportabilidade individual e pessoal da intervenção legislativa.<sup>269</sup>

O modelo se completa com a menção à teoria do desvio de poder, que nada mais é do que a noção correlata para o Direito administrativo da avaliação da adequação da medida restritiva. Se a administração se encontra vinculada aos fins que a lei institui, o Legislador se encontra vinculado aos fins não proibidos pela Constituição.<sup>270</sup> Sob pena da declaração da ilegalidade, ou inconstitucionalidade, de seus atos, ambos estão impedidos de desviar sua conduta de tais parâmetros. O controle da busca e da efetivação desses fins é, respectivamente, para a Administração, efetivado pela teoria francesa do *détournement de*

---

conceito de presunção de constitucionalidade: Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 84 e ss.

<sup>268</sup> Similarmente, aproximando as formulações teóricas e os fundamentos do controle de constitucionalidade da atividade legislativa e a teoria francesa do controle do desvio de poder da atividade administrativa: Caio Tácito, “Anulação de leis inconstitucionais”, *RDA* 59, jan/mar 1960, p. 339-350, p. 348.

<sup>269</sup> Dentre outros, nessa linha, afirmando que, enquanto no teste da proporcionalidade o parâmetro de controle é objetivo, a razoabilidade contém um teste em que o fundamento e o sentido do controle é aferir a suportabilidade, de natureza individual e subjetiva, portanto, da intervenção legislativa: Fritz Ossenbühl, “Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab”, in: Bernd Rüthers/ Klaus Stern (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsrecht, Festgabe zum 10 jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, München, 1984, p. 315-327; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 90; Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 558; Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 89 e ss.; Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 71 e ss; Jörg Lücke, “Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit”, 769 a 771. Na literatura brasileira, no mesmo sentido da distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, utilizando algumas dessas referências da literatura alemã: Humberto Bergman Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *RDA* 215 (1999): 151-179.

<sup>270</sup> Como será exposto na parte II desse trabalho, essa versão fraca da vinculação dos fins deve ser matizada, sobretudo quanto o direito fundamental for garantido sem nenhuma reserva de lei.

*pouvoir* e, para o Legislador, pela figura da adequação.<sup>271</sup> A prova desenhada no voto de Orozimbo Nonato tinha, portanto, características muito próximas à concebida, no século dezenove, por Svares. Ambas se aproximam do modelo do direito administrativo francês, mas, enquanto o modelo prussiano focava na comparação entre meios alternativos distintos para aferir a excessividade da conduta policial, o brasileiro buscava na avaliação da carga de suportabilidade individual um indicativo dessa excessividade. E a correlação que o acórdão do Supremo Tribunal Federal faz entre os parâmetros da excessividade e da suportabilidade é tão estreita que, ao excluir um deles – no caso, foi comprovado que a renda do indivíduo era consumida pelos altos aluguéis residenciais, não pelo tributo cobrado, o que afastava a tese da insuportabilidade da carga tributária –, a conclusão implacável foi a exclusão do outro. Excessivo foi, portanto, identificado com insuportável. Se esses parâmetros de aferição forem relacionados com suas respectivas técnicas de controle, isso quer dizer que a razoabilidade, instrumento para aferir a suportabilidade individual do ato, foi identificada com a proporcionalidade, técnica destinada a avaliar a excessividade da intervenção no direito fundamental. Mas, no essencial, as vertentes da prova brasileira e prussiana estavam de acordo: ambas eram instrumentos de contenção da intervenção da força do poder público na esfera individual protegida. Nenhuma delas pressupunha a ponderação de valores.

A questão da sujeição do Poder legislativo aos limites concebidos para controlar a atividade administrativa ressurgiu no julgamento de um recurso de mandado de segurança, em que se questionava a constitucionalidade de dois dispositivos da Lei estadual que

---

<sup>271</sup> Com base na jurisprudência do Conselho de Estado francês, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apresenta a proximidade entre esses conceitos. Sua descrição parte da distinção entre ilegalidade direta, que ocorre quando há uma violação frontal da lei, e ilegalidade indireta, existente quando o ato da administração viola circunstancialmente a lei. O limite de tais circunstâncias é, por sua vez, restrito, pois, nas palavras desse autor, o administrador “não pode exceder os limites do razoável na apreciação dos fatos que constituem o motivo do ato administrativo. Deve haver proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o originou”. Nessa passagem, o conceito descrito é o da *teoria dos motivos determinantes do ato administrativo*. Por isso, a noção de proporção não se identifica completamente com a noção de proporcionalidade do ato administrativo. Proporcionalidade é, nesse sentido, simplesmente a justa medida entre o fundamento do poder administrativo e o ato de seu exercício. Nesse caso, só se por *motivo do poder administrativo* se entender a *defesa dos direitos fundamentais*, será possível ver na passagem um protótipo da técnica da proporcionalidade. O desvio do poder, por sua vez, ocorre se e quando o ato administrativo se desvia de seus fins, “e tal se verifica quando pratica ato de sua competência tendo em vista objetivo diverso do legalmente considerado como princípio de sua atribuição” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito administrativo*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 494). Transplantada para o controle de constitucionalidade das leis, essa noção se converte na ideia de adequação, que nada mais é do que a exigência de que, ao exercer sua competência legislativa, o Estado busque realizar, e em certa medida realize, a finalidade da lei.

regulava a atividade cartorária no Estado de São Paulo.<sup>272</sup> A norma questionada desmembrava um Ofício de notas e criava um Cartório de registro de imóveis, mas, ao invés de garantir ao titular da serventia desmembrada o direito a assumir a titularidade do novo Cartório, o Legislador transferiu essa opção ao titular do Registro civil de pessoas naturais. O parâmetro de controle era, portanto, a igualdade, não só porque o ato legislativo distribuía direitos sem apresentar qualquer justificativa, mas também pelo caráter individual, personalista até, da norma controlada.

O relator do recurso, Djaci Falcão, concedeu a segurança para declarar a inconstitucionalidade da norma que concedia o benefício, não da que desmembrava o Ofício. Seu argumento: a norma atacada visava beneficiar uma determinada pessoa e, por isso, representava uma restrição excessiva da isonomia. Dessa premissa decorre a conclusão, que foi o tema central do debate, de que a inconstitucionalidade deveria se restringir à norma que conferiu o benefício, não à norma que criou o novo Ofício.<sup>273</sup> Considerando ser impossível desvincular as duas normas, Eloy Rocha, acompanhado por Prado Kelly, declarava a inconstitucionalidade de ambas, retornando à situação anterior ao desmembramento. Prevaleceu o primeiro entendimento, mas, nos debates, sobretudo no embate travado entre Victor Nunes e Aliomar Baleeiro, surgiu a questão: seria possível submeter a atividade legislativa a instrumentos destinados a conter a atividade administrativa? A resposta de Aliomar Baleeiro foi negativa. A seu ver, o controle dos motivos e fins do Legislador escaparia à competência do Judiciário. Quando essa linha é ultrapassada, o controle judicial se converteria inevitavelmente em controle político, como ocorreu na Suprema Corte norte-americana, acusada de fundar um governo de juízes.<sup>274</sup> Com posição mais moderada, Victor Nunes defendeu que a noção de abuso de poder fosse

---

<sup>272</sup> A admissibilidade de tal demanda, que, sem demonstrar o interesse concreto e o benefício do autor decorrente da declaração da invalidade da lei, atacava diretamente o dispositivo legal, só foi questionada por Gonçalves de Oliveira, último a votar antes do então Presidente, Luiz Gallotti, e, não por acaso, o único que negou provimento a todos os pedidos formulados pelo autor da ação (RTJ, 45/545).

<sup>273</sup> Apesar da discordância quanto à amplitude da declaração de inconstitucionalidade, em seus votos, Djaci Falcão e Prado Kelli concordam no que diz respeito à submissão do Poder legislativo ao parâmetro do desvio e abuso de poder (RTJ 45/539).

<sup>274</sup> Tais afirmações do Ministro Aliomar Baleeiro suscitaram o debate acerca da configuração do controle judicial brasileiro, suas características e similitudes com o controle norte-americano. É mencionado até mesmo o instrumento da resolução suspensiva, pelo Senado, de eficácia de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Na linha de sua argumentação anterior, que confere valor às decisões parlamentares, o Ministro entende não só que a decisão parlamentar é, nesse caso, política e não está vinculada à decisão judicial, como também ela é revogável, podendo o Senado suspender a suspensão por ele criada e restabelecer a aplicação da lei inconstitucional (RTJ, 45/541). Sobre a relação de tal instrumento com a *stare decisis* americana: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 195.



aplicada à limitação do exercício da competência do Poder legislativo, mas apresentou temperamentos a essa possibilidade. O desvio da função legislativa e o abuso de poder teriam de ser comprovados e ostensivos; caso contrário, a norma aprovada pelo Legislador permaneceria válida e eficaz.<sup>275</sup> A proximidade com o modelo prussiano de controle da atividade policial é aqui mais evidente. Nas duas hipóteses, só a restrição excessiva e arbitrária de direitos, que se desvie das finalidades da atividade estatal, será causa para a declaração da invalidade.<sup>276</sup>

Pouco tempo depois, a mesma técnica foi utilizada por Themístocles Cavalcanti para declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo da Lei de Segurança Nacional que suspendia o direito ao exercício da profissão de acusados da prática de crimes contra a segurança nacional.<sup>277</sup> Mais uma vez, decisivo para a declaração de inconstitucionalidade é a excessividade da intervenção normativa, que retira do indivíduo o exercício de atividade indispensável a sua subsistência. Novamente, não há necessidade de ponderar interesses ou valores.<sup>278</sup> A constatação da arbitrariedade da norma, aqui no sentido de vedação do excesso, é suficiente para levar à conclusão de sua invalidade.<sup>279</sup>

Essa configuração da prova justifica a constante referência e correlação que se estabeleceram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entre devido processo legal em sentido substantivo e proporcionalidade. Essa vinculação, que é uma especificidade da dogmática e da jurisprudência brasileiras,<sup>280</sup> tem relação direta com a origem da versão

---

<sup>275</sup> RTJ, 45/540.

<sup>276</sup> No caso de Victor Nunes Leal, proximidade dos modelos é reforçada por suas influências teóricas. Em artigo que trata dos limites do poder discricionário do Estado, a principal referência teórica de Victor Nunes é Fritz Fleiner, que, como foi antes observado, foi quem criou a frase que sintetiza a ideia central do controle de proporcionalidade concebido e aplicado no direito prussiano do século dezenove. Não é de se espantar, portanto, que o parâmetro de controle utilizado por Victor Nunes se aproxime bastante do utilizado no direito prussiano. Para as referências e o argumento a esse respeito: Victor Nunes Leal, “Poder discricionário e ação arbitrária”, in: *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, 278-294, p. 293.

<sup>277</sup> O dispositivo impugnado atribuía diversos efeitos processuais e materiais, dentre eles, a suspensão do exercício da profissão, ao recebimento de denúncia ou à prisão em flagrante de acusado de crime contra a segurança nacional (art. 48, Decreto-Lei 314/1967).

<sup>278</sup> Incorreta, por isso, a afirmação de Suzana de Toledo Barros, para quem nesse julgamento “identifica-se com clareza um juízo de ponderação” (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 102).

<sup>279</sup> RTJ 44/328.

<sup>280</sup> Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde jurisprudência e literatura constitucionais recorrem ao devido processo legal para fundamentar a proporcionalidade, as obras norte-americanas que pretendem encontrar algum resquício desse teste na jurisprudência de seu País recorrem à distinção dos diferentes “níveis” de exigência do “escrutínio” necessários para a declaração de inconstitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. Nesse sentido, na literatura recente: E. Thomas Sullivan/ Richard S. Frase,

substantiva dessa garantia. Desde a metade do século dezenove, a jurisprudência norte-americana identifica dois sentidos na décima quarta Emenda da Constituição.<sup>281</sup>

No primeiro deles, a garantia é simplesmente procedimental e assegura a todos o devido processo e a paridade dos meios de defesa em procedimentos que possam resultar na supressão ou restrição de direitos. No segundo sentido, devido processo legal é uma garantia “substantial”,<sup>282</sup> por meio da qual se impede que, ao invadir a esfera privada, sobretudo no que diz respeito aos direitos de liberdade e propriedade, o Estado aja de forma arbitrária ou irrazoável.<sup>283</sup> Ser substancial, para o devido processo legal, não quer dizer, assim, que o direito fundamental é concebido como valor ou que sua aplicação pressupõe alguma forma de ponderação. Ao contrário, essa expressão simplesmente indica que a atividade do Estado que limite direitos não deve ser excessiva ou abusiva. O objetivo do controle e dos instrumentos por ele ativados são simplesmente a contenção e a limitação do exercício Poder estatal.<sup>284</sup> Quando o Supremo Tribunal Federal, levando consigo a maior parte da literatura constitucional,<sup>285</sup> recorre ao devido processo legal para

---

*Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*, Oxford University press, 2009, p. 53 e ss.,

<sup>281</sup> Foi no julgamento do infame caso Dred Scott (*Dred Scott v. Sandford*, 9 Howard 393, 1857) que, primeira vez, a Suprema Corte aplicou essa versão do devido processo legal, chegando à conclusão de que uma norma do Missouri que considerava os escravos que ali chegassem livres era inconstitucional por afrontar o direito de propriedade e o *due process*.

<sup>282</sup> É preciso ter cuidado com essa expressão, pois, no limite da literalidade, o substantivo “processo” e o adjetivo “substantivo” são contraditórios. Afinal, processo quer dizer um conjunto de atos concatenados e substantivos são os direitos que esses conjuntos de atos visam garantir. Literalmente, portanto, o adjetivo “devido” só pode querer significar que está garantido um certo procedimento para que direitos sejam subtraídos ou afetados. Por isso, uma interpretação literal da décima quarta emenda, como a defendida por John Hart Ely leva inevitavelmente a esta conclusão: “devido processo substancial é uma contradição em termos – assim como a brancura preta” (John Hart Ely, *Democracia e desconfiança*, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 25). Assim, para que a expressão *devido processo substancial* tenha algum sentido, é necessário que ela seja desvinculada de sua literalidade e passe a significar somente uma garantia contra ingerências excessivas do Estado na esfera particular.

<sup>283</sup> *Chicago Milwaukee and St. Paul R. Co. v. Minnesota*, 134 US 418 (1890).

<sup>284</sup> Lêda Boechat Rodrigues sintetizou essas ideias ao afirmar que, apesar das variações constantes de sentido entradas nos julgamentos acerca da matéria, é possível sustentar que, com a progressiva mudança do conceito de *due process* ocorrida a partir da década de 1930, “o que constituía o exercício legítimo do poder de polícia, tornou-se, assim, questão judicial e não apenas legislativa. Para ser aceita dentro dos limites do *due process*, precisava a lei, na opinião da Suprema Corte, ser razoável (*reasonable*) e não arbitrária” (Lêda Boechat Rodrigues, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 140). De forma similar, mas com ênfase na garantia de direitos individuais, sobretudo a propriedade, contra a intervenção do Estado: Thomas Cooley, *A treatise on the constitutional limitations*, Boston Little Brown, 1903, p. 506. Na literatura brasileira sobre proporcionalidade, com referências ao trabalho de Lêda Boechat Rodrigues, tratando da evolução da cláusula do devido processo legal no direito norte-americano: Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 150 e ss.

<sup>285</sup> Por todos, dentre inúmeros: Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 148; José Roberto Pimenta Oliveira, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Administrativo Brasileiro*, p. 217; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da*

fundamentar a proporcionalidade e a razoabilidade,<sup>286</sup> essa referência é uma reminiscência desse primeiro modelo da prova. Sob seus pressupostos, a afirmação de que proporcionalidade e razoabilidade são idênticas e que ambas estão atreladas ao devido processo legal substantivo decorre de duas premissas. A primeira é a definição do objetivo da prova: não a harmonização ou a busca de otimização ou de racionalidade e sim a defesa do indivíduo.<sup>287</sup> A segunda está no parâmetro de controle. Identificando o insuportável com o arbitrário e o excessivo, a conclusão a que se chega é que toda medida irrazoável é também um ato desproporcional. Enfim, os efeitos desse modelo são qualitativamente diversos, tanto no aspecto de proteção quanto no aspecto institucional, do modelo que exige a ponderação de valores. Enquanto naquele caso a proteção dos direitos fundamentais e sua defesa é pontual e visa afastar intervenções excessivas e desproporcionais, a ponderação de valores vincula a atuação estatal a parâmetros gerais, inespecíficos e indefinidos.

Síntese e resultado: no modelo de defesa, então adotado, o Legislador é livre para criar o direito, salvo quando as proteções pontuais e específicas dos direitos fundamentais sejam afetadas, caso em que a proporcionalidade funciona como um teste da legitimidade, fundado na avaliação da excessividade, daquela intervenção. No modelo de ponderação, por outro lado, o Legislador está sempre vinculado a valores ou princípios e a criação do direito é reduzida a um ato de ponderação.<sup>288</sup> Até o final da década de 1990, o primeiro modelo prevalecia no Brasil. Influenciados pela dogmática alemã e com o mesmo ímpeto de superação do passado, que animou o Tribunal Constitucional alemão após a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn, o Supremo Tribunal Federal foi gradativamente guiado para o segundo modelo até que, na virada do milênio, quando *Lüth* se aproximava de seu

---

*proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 54; Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*, 146; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 259.

<sup>286</sup> Na jurisprudência torrencial: RE 190985/SC, rel. Neri da Silveira, j. 14 de fevereiro de 1996; ADI 1511/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16 de outubro de 1996; ADI 1976/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 6 de dezembro de 1999; RMS 23643/DF, rel. Ilmar Galvão, j. 27 de junho de 2000; RE 200844/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. 25 de junho de 2002; ADI 173/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25 de setembro de 2008; ADI 4357/DF, rel. Min. Ayres Britto, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 14 de março de 2013.

<sup>287</sup> Incorreto, portanto, Luis Roberto Barroso, quando afirma que razoável é o que seja “conforme à razão, supondo o equilíbrio, moderação e harmonia” (Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 259). Tanto a jurisprudência brasileira quanto a norte-americana indicam exatamente o contrário.

<sup>288</sup> Para a exposição e o desenvolvimento dessas oposições entre os modelos de defesa e ponderação: Reiner Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat* 20 (1981): 485-516, p. p. 504.

quinquagésimo aniversário, o Brasil entrou definitivamente na era da ponderação. Cinquenta anos depois, esse é o segundo ato, a segunda fase, que inaugura o segundo modelo da proporcionalidade no direito brasileiro. Mas o ponto de inflexão da jurisprudência e da dogmática brasileiras, que criou a possibilidade de todo o desenvolvimento posterior do modelo da ponderação, é anterior. Ele ocorreu durante o regime militar, em um julgamento que, assim como *Apotheke*, tratou da liberdade de profissão.

### c. **Liberdade de profissão, ponto de transição**

A transição para a ponderação teve início com o julgamento de uma representação de inconstitucionalidade em que se discutia a atividade de corretor de imóveis. O parâmetro tratava da liberdade de profissão, mas era mais amplo do que o analisado por Orozimbo Nonato. Na redação da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, estavam assegurados não só o livre exercício de profissões, mas também de trabalhos e ofícios. Ambos os parâmetros sujeitavam esse direito fundamental “às condições de capacidade que a lei estabelecer”. A questão da possibilidade de regulamentação da atividade de corretores de imóveis já havia sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal em um julgamento de recurso relatado por Thompson Flores, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 7º, da Lei 4.116, de 1962.<sup>289</sup> A pretensão da reclamação era estender tal declaração de inconstitucionalidade a todo o conteúdo da Lei. O voto de Cordeiro Guerra, relator do caso, afastava essa pretensão. Seu fundamento foi a distinção entre o contrato de corretagem, que, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do artigo 7º de tal lei, passou a poder ser utilizado por todos, e a profissão de corretor, que poderia ser regulamentada, inclusive no que diz respeito às condições de capacidade e inscrição, pelos respectivos conselhos profissionais. Essa interpretação do conteúdo da liberdade também foi adotada por Cunha Peixoto, que apresentou em seu voto um histórico das normas que regulamentavam a atividade de corretor. Como tal regulação existia desde o Código Comercial de 1850, o conteúdo desse direito foi concretizado no decorrer do tempo pelo Legislador e, por essa razão, não seria possível, diz esse voto, declarar a inconstitucionalidade da totalidade da lei.

---

<sup>289</sup> O artigo 7º da Lei 4.116/62 exigia que o mediador de negócios de imóveis fosse um corretor de imóveis ou uma pessoa jurídica dedicada a essa finalidade.

A virada vem no voto de Rodrigues Alckmin. A diferença da argumentação é perceptível já no ponto de partida. Ao invés de avaliar o conteúdo específico do direito, tal qual concretizado pelo Legislador, a análise tem início com uma afirmação geral: não há direitos, ou liberdades, absolutos. Limitações de direitos fundamentais são, portanto, necessárias, diz o voto, e o Poder competente para determinar tais limites é o Judiciário.<sup>290</sup> Surge, então, o ponto de correlação com *Liith*, pois o critério a ser utilizado para determinar tais limites está no potencial lesivo do exercício de tal atividade para a comunidade. O interesse público passa, assim, a determinar o sentido e a função da liberdade profissional, e a condição de capacidade para o exercício profissional deixa de ser uma categoria normativa para se tornar uma valoração de um fato social.<sup>291</sup> Daí a comparação, realizada por Rodrigues Alckmin, entre os valores das atividades dos corretores de imóveis e as dos engenheiros, advogados e médicos. A fundamentação do voto parte do pressuposto que há algo de essencial, natural, nessas atividades, que as diferencia do simples corretor. E a base dogmática de tal naturalização do parâmetro constitucional foi encontrada em uma passagem dos *Comentários à Constituição de 1946*, de Sampaio Dória, onde se afirma que condições da capacidade podem ser exigidas somente quando o exercício da profissão “diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão”.<sup>292</sup> Como todos podem comprar e vender imóveis sem corretores e como não se exige que o corretor tenha formação universitária, a conclusão a que chega a fundamentação do julgamento foi direta: não seria possível regulamentar a atividade do corretor de imóveis, pois essa atividade tem menor valor para a sociedade. Enfim, a proporcionalidade, que pela primeira vez aparece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito,<sup>293</sup> surge como o elemento de ordenação, ou ponderação, entre os valores públicos e a liberdade profissional. E assim como ocorreu em *Apotheke*, a noção de capacidade profissional e, com ela, a reserva legal da liberdade profissional são convertidas em reservas de ponderação.

---

<sup>290</sup> Rp 930/DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, rel. para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, j. 5 de maio de 1976, fl. 30.

<sup>291</sup> Partem do mesmo pressuposto os votos de Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009, no qual se discutiu sobre a exigência de diploma para o exercício de atividade jornalística.

<sup>292</sup> Rp 930/DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, fl. 36.

<sup>293</sup> O voto de Rodrigues Alckmin ainda utiliza os termos *irrazoável e desproporcional*, que remetem à jurisprudência anterior, em que, contudo, o parâmetro de controle não era a ponderação, mas sim a defesa do indivíduo frente a intervenções estatais.

Essa argumentação tem inúmeros problemas. O primeiro deles está na referência a Sampaio Dória. Com a finalidade de definir os limites e o conceito das condições de capacidade profissionais, esse autor efetivamente se referiu ao “critério da defesa social”.<sup>294</sup> Mas em um texto não citado na decisão, ele especificou o sentido dessa expressão. A intervenção do Estado na atividade profissional pela via da definição das condições de capacidade, que limitam seu exercício, estariam restritas, diz Sampaio Dória, aos casos em que a ausência de tal regulamentação cause danos a direitos de terceiros. Não é a simples presunção, ou a potencialidade, desses prejuízos, que autoriza a restrição. Ao contrário, só se o exercício profissional “causar danos irreparáveis sem culpa das vítimas, a lei pode, sem atentar contra a liberdade, exigir de quem se proponha exercer certa profissão, prova de capacidade técnica”.<sup>295</sup> O que está em questão é, então, se e em que medida a autorização de uma atividade, por meio da qual são criadas condições para seu exercício, também representa uma intervenção no direito de terceiros que eventualmente venham a ser afetados pela ação autorizada.

O Estado atua aqui como mediador de duas condutas e ele age em dois sentidos. A primeira constitui uma ação restringida pela via da definição das condições da ação permitida, no caso a liberdade de profissão; a segunda é também uma ação normativa, que impõe, ao terceiro relacionado com a ação permitida, o dever de suportar os efeitos de seu exercício.<sup>296</sup> A restrição normativa da ação do Estado se dirige a ambas as condutas e afeta os dois direitos, concomitantemente. No primeiro caso, por restringir as condições de exercício de uma conduta antes permitida. No segundo, em virtude da admissão de uma hipótese de intervenção no direito de terceiros relacionados à conduta autorizada. E o parâmetro de controle em ambas as normas é o mesmo. Intervenções excessivas, quer sejam elas decorrentes da previsão de critérios muito rígidos para o exercício da ação, quer pela autorização de quaisquer ações lesivas aos direitos de terceiros, são controladas por uma só técnica: a proporcionalidade, entendida como instrumento de defesa contra ações estatais abusivas e arbitrárias.

---

<sup>294</sup> Sampaio Dória, *Comentários à Constituição de 1946*, São Paulo, Max Limonad, 1960, v. 3, p. 637.

<sup>295</sup> Sampaio Dória, *Direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1958, v. 1, t. II, p. 736.

<sup>296</sup> Por isso, a segunda conduta é determinada pelo que se convencionou chamar na dogmática alemã de dever de tolerância (*Duldungspflicht*), categoria que é aplicada, dentre outras hipóteses, para aferir a existência e a justificação de intervenções decorrentes de autorizações de atividades perigosas. A figura se aproxima do conceito problemático de dever de proteção (*Schutzpflicht*), mas não se identifica com ele, que, ao contrário dos deveres de tolerância, pressupõe a admissão das noções de ordem objetiva dos valores e função objetiva dos direitos fundamentais. Para um confronto dessas figuras e uma crítica do conceito de dever de proteção: Ralf Poscher, *Grundrecht als Abwehrrecht*, p. 189 e ss.

Os exemplos utilizados por Sampaio Dória são esclarecedores. O que diferencia a atividade do agricultor, do médico e do motorista profissional não é sua função social, no sentido de importância dessas atividades para a sociedade. O elemento diferenciador está, na verdade, no risco que o exercício dessas atividades traz para direitos alheios. Como esse elemento determina a possibilidade de exigência das condições de capacidade profissional, o resultado do raciocínio de Sampaio Dória é exatamente o oposto do apresentado pelo Supremo Tribunal Federal: apesar de não ser necessário diploma, ou conhecimentos técnicos ou científicos, para que se possa dirigir, a regulamentação dessa atividade é admitida, pois em seu exercício há o potencial lesivo a direitos alheios, que fundamenta a exigência da comprovação de capacidade.<sup>297</sup> O critério adotado por Sampaio Dória não era, portanto, valorativo e não necessitava de ponderações para ser aplicado. Bastava a ele as noções de intervenção e de excesso, ou abuso, do poder estatal.<sup>298</sup> O critério utilizado pelo Supremo Tribunal Federal foi, ao contrário, amplo, indeterminado e centrado no conceito da importância social da atividade profissional. Condições de capacidade são, nesse último sentido, um indicativo do valor intrínseco, ou natural, de uma certa conduta. E, se valoradas em conjunto, as diversas atividades devem compor uma escala de valores, a ser determinada, como diz Rodrigues Alckmin, pelo Poder judiciário. Guardião, não só da Constituição, mas também sua ordem de valores.

Mas cabe ao Legislador determinar se e quando um ato ou atividade tem valor ou não e, nesse caso, como disse Cordeiro Guerra “ele não pensou assim e não violou a Constituição, porque ele tem a faculdade de dizer quais são os elementos necessários ao exercício da profissão”.<sup>299</sup> Esse é o segundo ponto crítico do acórdão. O projeto de lei, que deu origem à Lei 4.116/62, tramitou por mais de dez anos no Congresso nacional, passou pelas análises das Comissões de Constituição de Justiça e de Finanças, em ambas foi alterado e foi aprovado com um texto substitutivo, que foi encaminhado ao Senado. Lá, recebeu novas alterações de redação e, de volta à Câmara, foi novamente analisado nas duas Comissões e também pela de Legislação social. Todos os pareceres aprovados partiram da premissa de que, em virtude do crescimento dos centros urbanos, a atividade

---

<sup>297</sup> Sampaio Dória, *Direito constitucional*, p. 735.

<sup>298</sup> As próprias noções de direitos fundamentais e de liberdade adotadas por Sampaio Dória levam a essa conclusão. Em passagem não citada no acórdão, diz esse ele que os direitos fundamentais são “barreiras intransponíveis ao Poder público. A soberania nacional, embora poder supremo, embora poder que a si mesmo determine os limites de até onde pode ir, violará sua natureza e finalidade se não acatar e não fizer respeitar os direitos fundamentais” (Sampaio Dória, *Comentários à Constituição de 1946*, p. 589).

<sup>299</sup> Rp 930/DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, fl. 89.

de corretagem é “estritamente indispensável à organização econômica do mundo dos negócios”.<sup>300</sup> E o parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, assinado, dentre outros, por Lúcio Bittencourt, afirmava ser sua regulamentação necessária, exatamente por seu exercício prescindir de formação superior.

Negar essas premissas, como fez o Supremo Tribunal Federal, com base na suposta inferioridade do valor social da atividade dos corretores, não é mais um ato de controle judicial da legislação. É a substituição, pura e simples, do Legislador. E quando Leitão de Abreu afirma em seu voto que o Governo deve proporcionar oportunidades de emprego e ocupações dignas e que seria, por isso, inadmissível, em uma situação de desemprego generalizada, que se criassem condições e limites para o exercício de atividades profissionais, a ânsia legislativa do Supremo Tribunal Federal se apresenta com toda sua força.<sup>301</sup> Para a transição e consolidação do modelo brasileiro da prova, esse é o voto decisivo. Nele, Leitão de Abreu recorre à tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também influencia a fundamentação do voto de Rodrigues Alckmin, para afirmar que a prova utilizada no julgamento tinha “notória influência” do direito norte-americano, onde, a seu ver, foi desenvolvida a noção de devido processo legal substantivo. Mas, ao descrever esse teste, sua argumentação se afasta completamente do modelo de defesa adotado nos Estados Unidos e pela jurisprudência anterior do próprio Supremo Tribunal Federal. Proporcionalidade e a razoabilidade são apresentadas no voto de Leitão de Abreu como termos genéricos e potencialmente indefiníveis.<sup>302</sup> Generalidade essa que se reproduz na determinação dos parâmetros constitucionais utilizados na prova. Direitos fundamentais não são mais meios ou instrumentos de defesa, mas sim valores. No caso, o “valor do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, que se confronta com o “interesse público, em cujo nome se autoriza o Legislador a estipular condições de

---

<sup>300</sup> Câmara dos Deputados, *Projeto de lei n. 1.185 de 1951*, p. 17 (a numeração das páginas corresponde às do processo original de conversão em Lei).

<sup>301</sup> Rp 930/DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, fl. 76.

<sup>302</sup> É no mínimo irônico que, após discursar longamente, com citações de Santo Agostinho e Pascal, sobre a impossibilidade de se definir o tempo e a razão, Leitão de Abreu encontre sua definição de razoabilidade, consequentemente, de proporcionalidade, em um verbete de uma enciclopédia jurídica. Razoabilidade, segundo o texto consultado, é a relação e a medida de um meio “conveniente e apropriado ao fim que se tem em vista” (Rp 930/DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, fl. 76.). Não se sabe a qual modelo da prova a enciclopédia consultada se referia. Certo é que a descrição tem pouca relação com a tradição norte-americana, que trabalha com a noção de restrição, não com a relação meio-fim. Incorreto, portanto, o voto de Leitão de Abreu, a enciclopédia citada e também Luís Roberto Barroso, que, na esteira do acórdão e sem citar fontes, também vê na razoabilidade uma relação entre meios e fins (Cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 220).



capacidade”.<sup>303</sup> E a tarefa do Judiciário, ao procurar a justa medida, ou a harmonização, desses valores, não difere em nada da legislativa. De ambos os Poderes só se exige a ponderação e a harmonização de valores em conflito.

Quase todos os elementos da transição do modelo alemão de defesa para o da ponderação também se fizeram presentes nessa decisão. A ampliação dos parâmetros de controle, decorrente da conversão de direitos em valores, a desconsideração e a modificação da dogmática passada, representada aqui pela inversão de sentido do modelo de Sampaio Dória, a conversão da proporcionalidade em um mecanismo de ponderações e harmonizações e, enfim, o ataque à competência legislativa, em todos esses aspectos os momentos de transição alemão e brasileiro se aproximam.

Mas há um último ponto de aproximação: a ânsia e o desejo de superação do passado. Esse aspecto é revelado quando se observa que o projeto de regulamentação da profissão de corretor foi proposto, em 1951, por Ulisses Guimarães, então deputado do Partido Social Democrata (PDS), o mesmo partido do Presidente deposto pelo golpe de 1964. A isso se soma o fato de que, oito anos antes do julgamento, a autonomia do Supremo Tribunal Federal foi severamente atacada. Hermes Lima, Evandro Lins e Victor Nunes Leal foram aposentados compulsoriamente pelo comando militar, que agia com base em um ato de exceção (Ato Institucional n. 5). Gonçalves de Oliveira, então presidente da Corte, renunciou ao cargo. E a evidência mais clara da submissão do Supremo Tribunal Federal ao poder de exceção ocorreu cinco anos antes do julgamento: o Tribunal se negou a julgar a constitucionalidade da lei de censura.<sup>304</sup>

Em 1976, o Supremo Tribunal Federal era, portanto, um Tribunal em busca de recuperar sua credibilidade e reconstruir sua autoridade. O discurso dos valores sociais e da defesa do interesse público tem uma função específica nesse processo de refundação. Com ele, o Tribunal se aproxima da sociedade e busca recompor sua autoridade, prestígio

---

<sup>303</sup> Rp 930/DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, fl. 79.

<sup>304</sup> Rp 849/DF, rel. Min. Adauto Nogueira, j. 10 de março de 1971. Na avaliação de Evandro Lins e Silva, o Supremo Tribunal Federal dava prova, nesse julgamento, de sua submissão ao poder militar. Em sua descrição da situação vivida pelo Tribunal, disse: “Nós vivíamos sob uma ditadura. E o Tribunal, como eu digo, não era o Supremo Tribunal Federal funcionando. Era um tribunal ordinário, como dizia Campos Sales, um tribunal comum. Não tinha nenhum poder político, e a matéria [da Representação de inconstitucionalidade n. 849/DF] envolvia um assunto de interesse do governo. Além disso, os que votaram a favor, não sei por que motivo votaram, mas, por exemplo, podiam estar de acordo com a lei da censura. Por sua formação filosófica, por qualquer motivo, podiam estar de acordo. Agora, o Tribunal não tinha independência, na época, para votar nada contra o governo” (Evandro Lins e Silva, *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira/FGV, 1997, p.408).

e reconhecimento, há pouco perdidos. De outro lado, o ataque ao Legislador é também um aceno de conciliação com o Executivo, pois a declaração de inconstitucionalidade é voltada contra uma lei concebida e aprovada pelo regime deposto. Surge, então, o ideal da superação do passado: assim como o Tribunal Constitucional alemão, o Supremo Tribunal Federal utiliza os valores, a ponderação e a proporcionalidade, ao mesmo tempo, como um instrumento político de ataque contra o Legislador e superação de um passado que se pretende esquecer. A diferença é que, enquanto na Alemanha esse discurso serviu à fundação de uma nova democracia, no Brasil, ele foi, em sua primeira aparição, o instrumento de defesa do autoritarismo e de superação da democracia deposta. Prova concreta de que valores, ponderação e proporcionalidade, entendidos como harmonização, são instrumentos tão gerais e indefinidos a ponto de servirem, igualmente, aos propósitos do democrata e do ditador, da liberdade e do autoritarismo. Passada essa etapa de transformação, com a nova feição e função da proporcionalidade, o Brasil estava pronto para mergulhar na era da ponderação.

#### **d. Mergulho no modelo da ponderação**

A imersão foi gradual. Novamente tratando da liberdade de profissão, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 1983, uma representação de inconstitucionalidade que atacava um dispositivo do Estatuto da Ordem dos Advogados então vigente (Lei 4.215/63, com redação da Lei 5.681/71). Em questão: a norma que tornava magistrados, membros do Ministério Público e servidores estatais incompatíveis com o exercício da advocacia pelo prazo de dois anos. Contra o voto de Neri da Silveira, que, com base nas atas da assembleia constituinte da Constituição de 1946, admitia que limitações temporais ao exercício de profissões fossem consideradas como espécies de condições de capacidade,<sup>305</sup> o Supremo Tribunal Federal concluiu que os dispositivos eram inconstitucionais por afrontarem a igualdade e a liberdade profissional.

---

<sup>305</sup> Disse Neri da Silveira em seu voto que “as condições de capacidade não se circunscrevem, com feito ao mínimo de conhecimento necessário. A impossibilidade de redução do conceito resulta claro, aliás, dos trabalhos da Assembleia constituinte do texto de 1946. O projeto consignava a expressão restritiva ‘capacidade técnica’ mas foi substituída pela palavra ‘capacidade, por proposta de Atílio Viváqua, exatamente para permitir condições outras pela lei” (Rp. 1.054/DF, rel. Min. Neri da Silveira, rel. para o acórdão Min. Moreira Alves, RTJ 110/986).

Nos fundamentos do voto de Moreira Alves, que conduziu o Tribunal a esse resultado, surgem os mesmos elementos da transição da proporcionalidade para o modelo da ponderação: a vinculação e a restrição da atividade profissional com base no interesse público, não do Estado, mas da sociedade; a reavaliação e a crítica dos objetivos éticos e morais perseguidos pelo Legislativo; a classificação de condutas e atos dos destinatários da norma com base em critérios puramente valorativos.<sup>306</sup> Surge também a primeira citação da dogmática alemã sobre o teste da proporcionalidade. E a referência é justamente Otto Bachof, o mais conhecido defensor de *Apotheke*, que escreveu sobre os limites da liberdade de profissão nos primeiros comentários à Lei Fundamental de 1949.<sup>307</sup> Texto que foi editado pela primeira vez em 1954, justamente no período de transição do modelo da proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.

Vigente a Constituição Federal de 1988, os laços entre a jurisprudência brasileira e o modelo alemão da ponderação se estreitam. Em 1993, a ação que impugnava a constitucionalidade de lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás se fundamentava em exposição de Gilmar Mendes acerca da proporcionalidade, que relacionava o modelo de três níveis da prova, contendo os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, agora vista como ponderação, com o voto de Rodrigues Alckmin no julgamento da constitucionalidade da regulamentação da profissão de corretores. Três anos depois, na fundamentação de seu voto na ação que impugnava a realização de provas de avaliação do ensino superior, Carlos Velloso faz longa digressão acerca das origens, fundamentos, características e finalidades da proporcionalidade. Mais uma vez, na prova é incluída a ponderação.<sup>308</sup> No julgamento da ação em que a Presidência da República demandava o afastamento de eventuais inconstitucionalidades de medida de

---

<sup>306</sup> Rp. 1.054/DF, rel. Min. Neri da Silveira, RTJ 110/966-969.

<sup>307</sup> Há um problema na citação. Moreira Alves trata, nessa passagem de seu voto, da admissibilidade da restrição da atividade profissional para que as condições econômicas da concorrência sejam preservadas. Em questão, se a ausência de qualquer prazo de incompatibilidade é causa de concorrência desleal com os demais advogados, em virtude do prestígio e reconhecimento profissional dos membros do Ministério Público e magistrados. A citação é de uma passagem em que Bachof diz que a proteção da concorrência não é motivo que justifique a *intervenção* (*Eingriff*) no direito fundamental. Moreira Alves traduziu a expressão alemã como “usurpação” (RTJ 110/969) e, com isso, alterou completamente seu sentido dogmático, pois a intervenção justificada, com base na proporcionalidade, por exemplo, não é nenhuma usurpação do direito fundamental. Em outros termos: usurpado é o direito somente quando não houver justificativa para a intervenção; caso contrário, há intervenção, somente. De toda forma, poderia se argumentar que o resultado da tradução é o mesmo, pois Bochof estava excluindo uma finalidade da justificação. Mas o Tribunal Constitucional aceitou, entre outros motivos, o bom funcionamento da justiça como causa de intervenção na liberdade de profissão (BVerfGE 93, 213). Esse também não seria um motivo suficiente para fundamentar o impedimento do exercício da advocacia por ex-promotores e juízes?

<sup>308</sup> ADI 1511/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16 de outubro de 1996.

contenção do consumo de energia, a fundamentação da demanda e os debates entre os ministros falam da colisão e da ponderação entre o interesse individual e o colapso do sistema energético.<sup>309</sup> Ainda com base na proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal julgaria a constitucionalidade de medida provisória que estendia o prazo de decadência para o Poder público propor ações rescisórias, caso em que o parâmetro da igualdade é novamente avaliado em conjunto com a proporcionalidade,<sup>310</sup> e também a redução do prazo de decadência para a desconstituição de julgamentos administrativos fiscais, caso em que o teste aparentemente volta a apresentar sua função original de defesa.<sup>311</sup>

Mas a jurisprudência da década de 1990 ainda era tímida e vacilante, ora apresentando a técnica sob o prisma de defesa, ora com base no modelo de ponderação. Essa situação muda a partir da virada do milênio. Desde então, o Supremo Tribunal Federal utilizou a proporcionalidade em quase três centenas de acórdãos,<sup>312</sup> sendo que, no período de 1953 à 1988, o teste apareceu em apenas 70 decisões.<sup>313</sup> A imersão ocorreu em todas as áreas e sentidos. Proporcionalidade e ponderação foram pautas aplicadas em casos de colisão entre a liberdade de expressão, a dignidade e a igualdade,<sup>314</sup> a liberdade individual e a proteção do patrimônio,<sup>315</sup> o direito à vida, a intimidade e a privacidade,<sup>316</sup> a intimidade, a segurança pública e o poder punitivo do Estado,<sup>317</sup> o direito à vida e a dignidade,<sup>318</sup> a livre iniciativa, a saúde e o meio ambiente equilibrado,<sup>319</sup> a liberdade de

---

<sup>309</sup> ADC 9/DF, rel. Min. Néri da Silveira, rel. para o acórdão Ellen Gracie, j. 13 de dezembro de 2001.

<sup>310</sup> ADI 1753/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16 de abril de 1998.

<sup>311</sup> ADI 1922/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 6 de outubro de 1999.

<sup>312</sup> No período de janeiro de 2000 a novembro de 2014, são 263 ações em que a proporcionalidade é citada, seja no voto vencedor ou dissidente. Esses números decorrem de busca eletrônica na base de dados do Supremo Tribunal Federal com base na combinação das expressões *proporcionalidade* e *razoabilidade*, conceitos que invariavelmente aparecem relacionados nos julgamentos desse Tribunal.

<sup>313</sup> Para uma análise quantitativa desses julgamentos: Bruno Ramos Pereira, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*, Dissertação, Universidade de São Paulo, 2009, que identifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente no período de 2004 a 2006, 81 decisões utilizando a proporcionalidade.

<sup>314</sup> HC 82424/RS, rel. Min. Moreira Alves, rel. para o acórdão Min. Maurício Correia, j. 17 de setembro de 2003 - *Ellwanger*, com votos de Marco Aurélio citando a ponderação como um dos elementos da proporcionalidade e Gilmar Mendes falando de conflito de direitos fundamentais e citando Robert Alexy.

<sup>315</sup> RE 349.703/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. 3 de dezembro de 2008 - *Depositário infiel*.

<sup>316</sup> RHC 88.371/SP, rel. Min Gilmar Mendes, j. 14 de novembro de 2006.

<sup>317</sup> Inq 2424/RJ, rel. Min Cezar Peluso, j. 25 de abril de 2007.

<sup>318</sup> ADI 3510/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 29 de maio de 2008 - *Biossegurança*.

<sup>319</sup> ADPF 101/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, 24 de julho de 2009 - *Pneus usados*.

imprensa e a personalidade,<sup>320</sup> a liberdade profissional e o interesse público,<sup>321</sup> a proteção da fauna e a cultura popular,<sup>322</sup> a autonomia universitária e a justiça social,<sup>323</sup> enfim, a moralidade, os direitos políticos e a presunção de inocência.<sup>324</sup> Difícil saber onde não há ponderação e proporcionalidade.

Mas isso foi só o começo. Liberada de sua função de defesa, a proporcionalidade passou a ser aplicada em demandas envolvendo concessões de benefícios assistenciais,<sup>325</sup> conflitos federativos, sobretudo em demandas que tratam da intervenção federal em entes federados,<sup>326</sup> o regime constitucional de liquidação de precatórios<sup>327</sup> e, enfim, no limite do paradoxo, na modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a própria sanção decorrente da declaração de inconstitucionalidade passou a ser vista como um valor sujeito a ponderações e, portanto, submetido à incidência da proporcionalidade.<sup>328</sup> Nesse último caso, ocorrem colisões e ponderações sucessivas na mesma demanda, pois, além de o direito discutido ser um valor em si mesmo ponderável, a própria sanção de inconstitucionalidade, que incidiria sobre a ponderação legislativa considerada incorreta, também passa a ser, ela mesma, relativa e ponderável. Direito, procedimento e efeitos do julgamento estão, portanto, todos sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e o resultado prático do processo de controle passa a depender não só da avaliação dos valores relativos dos direitos fundamentais em conflito, como também da valoração dos efeitos do julgamento e do procedimento em si.<sup>329</sup> Forma e conteúdo são, então, nivelados e,

---

<sup>320</sup> ADPF 130/DF, rel. Min. Ayres Brito, j. 30 de abril de 2009 - *Lei de imprensa*.

<sup>321</sup> RE 511.961/SP, rel. Min Gilmar Mendes, 16 de julho de 2009 - *Diploma de jornalista*; RE 414.426, rel. Min. Ellen Gracie, j. 1º de agosto de 2011 - *Ordem dos músicos*; RE 603.583/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26 de outubro de 2011 - *Exame da Ordem*.

<sup>322</sup> ADI 1856/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 26 de maio de 2011 - *Briga de galos*.

<sup>323</sup> ADI 3330/DF, rel. Min Ayres Britto, j. 3 de maio de 2012 - *ProUni*.

<sup>324</sup> ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 16 de fevereiro de 2012 - *Ficha limpa*.

<sup>325</sup> Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18 de abril de 2013 - *Loas*.

<sup>326</sup> IF 2915/SP, rel. Min Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3 de fevereiro de 2003.

<sup>327</sup> ADI 4425/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 14 de março de 2013 - *Intervenção no Estado de São Paulo*.

<sup>328</sup> ADI 4029/DF, rel. Min. Luiz Fux, 8 de março de 2012 - *Instituto Chico Mendes*.

<sup>329</sup> Seguindo essa linha de raciocínio, o dispositivo legal (art. 27, Lei 9868/99) utilizado para fundamentar a ponderação entre a inconstitucionalidade e outros valores constitucionais, como a segurança jurídica, é, ele mesmo, paradoxal e contraditório, pois, a pretexto de tutelar a segurança, cria uma escala de valores em que esse mesmo parâmetro, considerado como valor, é rebaixado. Isso porque, para que a segurança jurídica prevaleça sobre o valor da inconstitucionalidade, ela necessita do voto favorável de dois terços dos integrantes da Corte julgadora. A inconstitucionalidade, por sua vez, necessita do voto de um terço. Para contornar esse paradoxo é possível argumentar que, sem essa previsão, não seria nem mesmo possível ponderar a inconstitucionalidade com a segurança. Surgem então mais dois paradoxos, pois, sob pena de negar a noção de superioridade do parâmetro constitucional, uma norma infraconstitucional não pode ser o

convertida em princípio e valor, a própria inconstitucionalidade pode agora colidir com outros valores constitucionais, anulando, com isso, os efeitos da ponderação que fundamenta o sentido do julgamento.

Os problemas e paradoxos dessa última aplicação da proporcionalidade decorrem da própria noção de inconstitucionalidade, que pode ter dois sentidos distintos.<sup>330</sup> Sob a ótica normativa, ela é um vício decorrente do conflito de normas, o parâmetro constitucional e a norma infraconstitucional. Nesse ponto, proporcionalidade e inconstitucionalidade se aproximam: ambas são instrumentos destinados a avaliar relações normativas. Mas se tudo, até a própria inconstitucionalidade, pode ser considerado um valor ponderável e restringível, por que não também a proporcionalidade? Haveria então a proporcionalidade da proporcionalidade, que também poderia ser considerada um valor e assim por diante, ao infinito. Em um segundo sentido, inconstitucionalidade é a reação da Constituição, que decorre do confronto entre o parâmetro constitucional e a norma controlada. Se a aplicação da proporcionalidade pondera esse aspecto da noção de inconstitucionalidade, o destino e a pretensão universalizante da prova atingem seu grau máximo. Aqui, não só os parâmetros constitucionais, mas a própria noção de ordem normativa escalonada e a reação à violação de parâmetros de validade, foram todos transformados em valores relativos e sujeitos a constantes ponderações em função de necessidades concretas e variáveis. Disso resulta a eliminação da distinção, sem a qual não há base dogmática para a construção do sistema de controle de constitucionalidade, entre parâmetro normativo de controle e norma objeto de controle.<sup>331</sup> Proporcionais e nivelados, lei e parâmetro constitucional podem agora ser

---

único da ponderação da inconstitucionalidade. Se o caminho inverso for percorrido, ou seja, uma vez que se pressuponha que esse dispositivo simplesmente aclara uma colisão de valores que existe no próprio plano constitucional, o paradoxo anterior retorna com maior força, pois, nesse caso, inconstitucionalidade e segurança se chocam naturalmente, ou seja, sem necessidade de qualquer previsão legal, e novamente não há razão para que um desses valores seja menos importante que o outro. Com esses argumentos: Roberto Dias/Lucas Catib De Laurentiis, “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal - modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade”, in: José Roberto Oliveira/ Rafael Valim/ Augusto Neves Dal Pozzo, *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, Belo Horizonte, Forum, 2013, p. 213 e ss. Luis Roberto Barroso sustenta que, ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal pondera o princípio violado pela norma inconstitucional e os princípios que sustentam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas não percebe que, justamente em razão dessa interpretação, a norma em questão não tem sentido.

<sup>330</sup> A esse respeito: Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis, vício e sanção*, p. 61.

<sup>331</sup> Com esses argumentos e conclusões, mas acerca dos efeitos da ponderação em geral, não especificamente a ponderação entre inconstitucionalidade e segurança, que é estranha ao direito alemão: Reiner Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, p. 503. A indistinção entre parâmetro e objeto de controle é refletida no problema da determinação da “matéria especificamente constitucional”, que é uma das condições de admissibilidade da reclamação constitucional dirigida ao Tribunal Constitucional Federal. Para os problemas dessa fórmula, considerada por Ernst-Wolfgang Böckenförde como uma das expressões mais esotéricas do direito alemão: Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, p. 28 e ss.

ponderados, e a separação entre ato normativo e parâmetro de validade deixa de existir.<sup>332</sup> Levada a esse limite, a ponderação exige o equilíbrio, a harmonização, enfim, a limitação recíproca de polos, não só opostos, mas escalonados. Ela cumpre seu destino: relativiza, identifica e nivela normas em conflito, mesmo que, nessa última hipótese, isso represente a eliminação do próprio sistema de defesa da Constituição.

Finalmente, o último passo do Tribunal Constitucional alemão na direção da transformação da proporcionalidade, a criação da polêmica figura da proteção deficiente, não tardou a ser seguido pela jurisprudência brasileira. A diferença é que, enquanto na Alemanha essa figura foi aplicada, gerando efeitos práticos em relação ao trabalho do Legislador, somente uma vez,<sup>333</sup> o Supremo Tribunal Federal utilizou a proteção deficiente e a ela atribuiu tais efeitos em seis oportunidades. Na primeira delas, a proteção deficiente foi utilizada para afastar a ultratividade da lei penal mais benéfica;<sup>334</sup> na segunda, para

---

<sup>332</sup> Disso resulta a perda do valor jurídico das normas de proteção de direitos fundamentais, pois, como observou Elival da Silva Ramos, “se as normas que consagram esses direitos não são postadas em nível superior à legislação comum, o seu caráter fundamental é sensivelmente esvaziado, tornando-se quase que mero recurso retórico” (Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis, vício e sanção*, p. 216). Similar, afirmando que a expansão da proteção e a multiplicação das funções dos direitos fundamentais ocorrem ao preço da perda da qualidade da proteção efetiva e definitiva dessas normas: Matthias Jestaedt, “Die Grundrechtsrevolution frisst ihre Kinder”, *JRP* (2000): 99-113, p. 108. Na mesma linha, críticos quanto à perda da proteção dos direitos fundamentais decorrente da ponderação de valores e interesses: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 182; Jochen von Bernstorff, “Proportionality without ad hoc balancing”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014, p. 63 e ss.; Grégoire Webber, *On the Loss of Rights*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 16, London School of Economics, 2013. Nesse sentido e observando que a rigidez constitucional não pode conviver com a noção de ordem objetiva de valores: Friedrich Müller, *Die positivitàt der Grundrechte*, 2. Auf., Berlin, Duncker und Humblot, 1990, p. 17.

<sup>333</sup> Na jurisprudência constitucional alemã, o único caso em que a utilização da proteção deficiente gerou resultados práticos foi no segundo julgamento acerca de leis que descriminalizavam a prática de aborto nas primeiras semanas de concepção (BVerfGE 88, 203 - *Schwangerschaftsabbruch II*). Nos demais julgamentos (dentre eles, é possível citar: BVerfGE 46, 160 - *Schleyer*; BVerfGE 81, 310 - *Kalkar II*; BVerfGE 53, 30 - *Mülheim-Kärlich*; BVerfGE 77, 170 - *C-Waffen*) o Tribunal Constitucional alemão considerou ser fundamentalmente uma tarefa do Legislador, controlável em casos excepcionais e extremos pelo Poder Judiciário, a concretização de deveres fundamentais de proteção. Dessa forma e com base nessa linha de argumentação, não se atribuíram efeitos, em nenhum desses julgamentos, ao parâmetro da proteção deficiente. Em si mesma, essa variação de entendimentos é problemática. Em Schleyer, por exemplo, o Tribunal Constitucional foi confrontado com um caso em que, tal qual ocorreu nos julgamentos das leis de aborto, também estava em questão o direito à vida, e o parâmetro de controle era, igualmente, a proteção deficiente. Mas, nessa decisão, ele conclui ser do Legislador a prerrogativa para regulamentar a matéria. Denunciando e criticando essa contradição: Eckart Klein, “Grundrechtliche Schtzpflicht des Staates”, *NJW* 27 (1989): 1633-1640. De modo semelhante, identificando a variação dos efeitos da proteção deficiente: Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005 p. 27 e ss.

<sup>334</sup> O caso era de acusação de estupro de menor, com quem o acusado mantinha união estável. O argumento da proteção deficiente é utilizado por Gilmar Mendes, para se chegar à conclusão de que o Estado tinha o dever de punir a conduta. O argumento é surpreendente, pois ignora que, à época da união, o Código Penal previa que o casamento da vítima com o acusado, ou terceiro, era causa de extinção da punibilidade, fato que foi observado por Sepúlveda Pertence durante o julgamento. Mais grave e contraditório é o argumento, defendido, dentre outros, por Joaquim Barbosa, de que o dispositivo não trata de união estável, mas sim,

chegar à conclusão de que condutas sem potencial lesivo a bens ou interesses jurídicos de terceiros também devem ser consideradas típicas;<sup>335</sup> na terceira, para superar uma interpretação adotada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, com isso, afastar a aplicação de instrumentos de conciliação e transação penal;<sup>336</sup> na quarta oportunidade, para criar uma hipótese de união estável não prevista em lei ou na Constituição;<sup>337</sup> na quinta, para superar limites fixados em lei para a concessão de benefício assistencial;<sup>338</sup> enfim, na sexta e mais recente utilização da proteção deficiente, a finalidade foi impedir a doação de pessoas jurídicas à campanhas eleitorais.<sup>339</sup>

O mergulho no modelo da ponderação chega ao fim. Agora não há mais limites ou parâmetros para a ponderação e para a colisão. Direitos fundamentais, noções éticas e morais, regimes de governo, competências, a própria inconstitucionalidade, são valores, ou princípios, ponderáveis, limitáveis e relativos. Tudo é flexível e nada é determinado. Não há mais necessidade da elaboração dogmática de qualquer conceito, pois o sentido e as consequências de toda norma constitucional só podem ser determinados em concreto e em função da colisão e do valor relativo de cada norma, agora transmutada em valor. Imersa nesse horizonte de relativismo, a literatura jurídica não tem muitas opções: ou ela aceita a opinião do Tribunal, por estar de acordo com o valor que prevalece no resultado da decisão, ou discorda dele, pois vê maior importância no valor rebaixado, ou desvalorado, pelo julgamento.<sup>340</sup> Esse foi exatamente o argumento que sustentou o pedido de declaração

---

única e exclusivamente, de casamento, pois esse mesmo argumento seria afastado, pelo próprio Joaquim Barbosa, quando estava em questão a possibilidade de conversão em casamento de uniões de pessoas de mesmo sexo (Resolução 175/2013). Mais uma prova de que a proteção deficiente é um critério incerto e inseguro, que serve à fundamentação da conclusão que mais agrada o julgador do momento. Precedente citado: RE 418.376/MS, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 9 de fevereiro de 2006.

<sup>335</sup> HC 102.087/MG, rel. Min. Celso de Mello, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 28 de fevereiro de 2012 - *Porte de arma desmuniada*.

<sup>336</sup> ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9 de fevereiro de 2012. Nesse caso, que envolvia a interpretação do art. 41 da Lei Maria da Penha, o Superior Tribunal de Justiça também recorria à proporcionalidade, mas, nesse caso, na modalidade de restrição de penas excessivas, que deveriam ser afastadas, quando, após a prática de ato de menor potencial ofensivo, o casal se reconciliasse. Nessa orientação mais liberal, hoje superada: HC 154.940/RJ, rel. Min. Maria Theresa Assis Moura, j. 22 de fevereiro de 2011.

<sup>337</sup> ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 5 de maio de 2011.

<sup>338</sup> Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18 de abril de 2013.

<sup>339</sup> ADI 4650/DF, rel. Min. Luiz Fux, processo em julgamento, com vista ao Min. Gilmar Mendes, com maioria formada, mas pendente de confirmação, pela inconstitucionalidade dessa modalidade de financiamento de campanhas.

<sup>340</sup> Há, contudo, autores que também criticam a jurisprudência dos valores e o mergulho brasileiro no modelo da ponderação. Dentre eles, dignos de nota: José Afonso da Silva, *Teoria do conhecimento constitucional*, p. 363 e ss.; Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 91.



de inconstitucionalidade do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas: a livre iniciativa é um valor menor, sendo assim ela deve ceder quando colide com a igualdade, a democracia e o princípio republicano.<sup>341</sup>

Não se sabe como e em que condições o “princípio republicano” pode colidir com outros princípios constitucionais, pois todo o sistema de governo e toda forma de participação política é simplesmente uma concretização dessa ideia. Como e em quais circunstâncias um valor constitucional específico pode colidir com essa noção geral e abstrata, é uma questão sem resposta. E a própria relação entre igualdade e proteção deficiente, pressuposta na demanda em que o Supremo Tribunal Federal discute esse tema, é problemática, pois, se a garantia desse direito fundamental exige o afastamento de distinções arbitrárias, o que deve ser comprovado, não pressuposto, o teste da proibição de excesso seria mais do que suficiente para afastar discriminações comprovadas. Como, nesse caso, não há tal comprovação, o recurso à proteção deficiente é simplesmente uma forma de fugir desse ônus argumentativo, e o resultado disso tudo é a desorientação do julgamento e a confusão conceitual, pois não se sabe mais ao certo qual a função da prova da proporcionalidade, se proíbe o excesso ou protege contra a proteção deficiente, e qual é a relação de qualquer desses sentidos da prova, se existe alguma, com a igualdade.<sup>342</sup>

Mas na perspectiva do modelo de ponderações e colisões, essas dúvidas não são importantes. O que importa aqui é concordar ou discordar do resultado do julgamento e dos valores atribuídos, por cada parte, aos princípios em jogo. Todo o resto é argumentação dogmática desnecessária, que remete a um passado distante, quando o

---

<sup>341</sup> Idêntico raciocínio foi apresentado na defesa da inconstitucionalidade da interpretação que condicionava a propositura da ação penal à representação de mulheres vítimas de lesões corporais leves. Valoração direta: vida, saúde e não discriminação da mulher são objetivos importantes. Conclusão: não proteger esses valores é um caso de proteção deficiente. Raciocínio que foi apresentado na peça inicial da Procuradoria da República na Ação direta de inconstitucionalidade n. 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9 de fevereiro de 2012. Se é assim, a proteção deficiente se identifica com a ponderação (Cf. nesse sentido, afirmando que as duas figuras são idênticas: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 464); com isso, a função dogmática da proteção deficiente, que já era difícil de captar, deixa de existir. Igualmente problemáticos, por não indicarem a especificidade e os contornos dogmáticos da proteção deficiente: Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 57; Lênio Luiz Streck, “A (primeira) aplicação da *Untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao RE 418.376”, in: Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, André Rufino do Vale, *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, São Paulo, Saraiva/IDP, 2010, p. 211; Marlon Alberto Weichert, “Proporcionalidade, direito penal e direitos humanos” in: Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), *Direitos humanos e direitos fundamentais: debates contemporâneos*, Salvador, Juspodivm, 2013, p. 506.

<sup>342</sup> Ao contrário, como observa Teori Zavascki na fundamentação de seu voto nessa demanda, a desigualdade entre “pobres e ricos” combatida pela demanda nem de longe pode ser eliminada pela proibição de doações eleitorais (Cf. Teori Zavascki, *Voto de vista*, ADI 4650/DF, julgamento em curso).

direito trabalhava com textos de lei e conceitos, não valores, e a proporcionalidade tinha um propósito específico e não era um conjunto de noções vagas e de ponderações abertas e indeterminadas.<sup>343</sup> Dogmática se reduz então ao acordo ou desacordo com o resultado do julgamento e com o valor defendido pela parte. Não há mais ponto de apoio conceitual para que uma argumentação crítica do julgamento ou da demanda seja desenvolvida. Valores, quaisquer que sejam eles, se sobrepõem a essas formalidades jurídicas. Fluidos e relativos não são só os valores e as noções desse modelo. O relativismo está em seus próprios fundamentos e pressupostos de existência, afinal, para que colisões sempre existam e direitos e valores sejam sempre limitáveis, esse modelo sobrevive de uma constante e necessária negação de parâmetros fixos. E como o passado e a tradição representam um desses parâmetros de estabilização, os defensores desse modelo têm de estar sempre abertos ao novo.<sup>344</sup>

Quando normas constitucionais e direitos fundamentais são convertidos em valores, quando todos os parâmetros constitucionais são nivelados e não há mais ponto de vista dogmático estável e, enfim, quando a proporcionalidade é convertida em um conceito universal e indeterminado, que serve igualmente à proteção do indivíduo e à expansão do

---

<sup>343</sup> Ana Paula de Barcellos e Jane Reis Gonçalves Pereira procuram conciliar esses planos de reflexão ao afirmarem que a ponderação deve ser acionada quando o “método da subsunção” se mostrar insuficiente. O problema é que, a partir do momento em que se admite que direitos fundamentais são valores com conteúdo moral, ou princípios, com tendência à otimização, não tem mais sentido buscar na norma constitucional um ponto de apoio para sua aplicação. A partir desse momento, não há mais volta: surgindo uma dificuldade interpretativa, é preciso ponderar e relativizar, e, quando isso ocorre, o texto constitucional passa a ser só mais um ponto de apoio entre outros e deixa de ter a função de contenção de expectativas e interesses. Interpretar o texto constitucional é, portanto, nesse modelo, só mais um dos fatores que contribuem à construção dos pesos relativos dos valores em conflito. Não é um ponto de vista dogmático autônomo. Sustentar que a aplicação dos direitos fundamentais pressupõe a utilização da interpretação “tradicional” para só depois partir para a ponderação é uma estratégia que teria algum sentido se as autoras estivessem dispostas a abdicar da noção de valor e, conseqüentemente, da distinção entre princípios e regras. Não é isso que elas sustentam, pelo que suas propostas de estabilização, na verdade, não oferecem qualquer ponto de apoio alternativo à ponderação. Para a defesa do ponto de vista das autoras: Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 218; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 92 e ss. Igualmente crítico a respeito da possibilidade de conciliar ponderação e interpretação constitucional: Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the age of Balancing”, p. 987.

<sup>344</sup> Há, por isso, inúmeras referências ao novo, que compreendem o “novo método”, o “novo direito”, os “novos paradigmas”. Figuras que estão intimamente ligadas ao sentimento da necessidade de superação do passado e recomeço, que existia na Europa, sobretudo na Alemanha, da década de 1950, e foram incorporadas ao discurso jurídico brasileiro. Dentre os muitos exemplos de recepção dessa tendência para a recepção do novo e superação do passado, na literatura constitucional brasileira, ver: Teresa Negreiros, “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”, in: Ricardo Lobo Torres, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 343 e ss; Antônio Cavalcanti Maia, “Nos vinte anos da Carta cidadã: do pós-positivismo ao neo-constitucionalismo”, in: Claudio Pereira Souza Neto/ Daniel Sarmiento/ Gustavo Binenbojm, *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, sobretudo p. 117 e ss.

poder do Estado, o caminho para a mudança contínua de perspectivas valorativas está sempre aberto. Estabilizar conflitos constitucionais simplesmente com base em conceitos e decisões de autoridades eleitas é, então, considerado um ato de uma visão retrógrada do direito e uma metodologia ultrapassada, ambas realizadas e defendidas por pessoas incapazes de captar as exigências sociais e morais do novo tempo.<sup>345</sup>

No limite, trabalhar com conceitos passa a ser considerado um ato antidemocrático e irracional, pois novos valores, ponderações e conflitos sempre podem surgir. Limites conceituais que desconsiderem essas possibilidades infinitas de variação e valoração são, nessa perspectiva, inaceitáveis, pois toda razão e argumentação deve ser apresentada no interior da ponderação de princípios e valores. Assim, o modelo da ponderação exige que todos os envolvidos no processo de produção e aplicação do direito ponderem e valorem. Caso contrário, eles mesmos serão valorados como pseudointérpretes, defensores de uma visão formalista e individualista do passado, ou insensíveis às mudanças sociais. Nesse ponto, em que toda a interpretação é também uma valoração e em que o modelo submete todo aquele que dele discorda a um julgamento e a um desvalor, a universalidade da ponderação e a mutação da proporcionalidade se completam. O desígnio e o destino universalista do modelo dos valores se revela aqui na forma mais pura de seu absolutismo e, sem aceitar que o pensamento também possa trabalhar sem se render ao conjunto de oposições e relativismos da ponderação, ameaça todo aquele que ouse interpretar sem valorar: pondera ou te devoro.

A tentativa mais sofisticada de superar esses problemas foi formulada por Robert Alexy e desenvolvida por seus alunos da escola de Kiel. É o modelo da teoria dos princípios.<sup>346</sup> Apesar de o Tribunal Constitucional alemão não utilizar explicitamente esse modelo,<sup>347</sup> no Brasil, literatura e jurisprudência o adotaram, como se ele fosse o único

---

<sup>345</sup> Nessa linha, considerando a noção de direitos fundamentais como direitos de defesa ultrapassada e incompatível com valores como a solidariedade e com a nova visão “personalista do homem”: Daniel Sarmento, “Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos”, in: Daniel Sarmento/ Flavio Galdino (org.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 286.

<sup>346</sup> O termo *teoria dos princípios* é aqui utilizado, de forma genérica, para identificar a corrente de pensamento formada por Alexy e seus alunos. Não se desconsidera que, mesmo entre os autores que se filiam a essa corrente, há diferenças importantes de formulação e concepção teóricas. O mais notável deles é Jan-Reinard Sieckmann, que além de ter demonstrado as incoerências do conceito de princípio, entendido como mandamento de otimização, procurou substituir essa noção pelo conceito de mandamento reiterado de validade. A esse respeito, ver: Jan-Reinard Sieckmann, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 84 e ss.

<sup>347</sup> Não há julgamento do Tribunal Constitucional em que a tese central da teoria dos princípios, a distinção “forte” de regras e princípios, tal qual apresentada por Alexy, seja explicitamente adotada. O único

paradigma da dogmática constitucional alemã.<sup>348</sup> Não só por esses motivos, mas também porque a proporcionalidade tem uma função central no modelo da teoria dos princípios, é importante analisar essa proposta em suas virtudes, mas também em seus problemas. Esse é o objetivo dos itens que se seguem.

## V. Teoria dos princípios, ponto de intersecção

A influência do modelo da teoria dos princípios sobre a configuração da proporcionalidade não é restrita ao Brasil. Ela é mundial.<sup>349</sup> Considerando que Robert Alexy só apresentou essa proposta em 1985, esse fato seria suficiente para comprovar o valor desse modelo. Construído com base em poucas premissas, das quais são derivadas consequências metodológicas e dogmáticas, o funcionamento desse modelo é de uma simplicidade intuitiva.<sup>350</sup> Suas raízes estão na distinção entre princípios e regras apresentada pela

---

precedente do Segundo Senado do Tribunal em que Robert Alexy é citado, recorre ao trabalho desse autor sobre argumentação jurídica, para concluir que, na falta de norma que vincule a interpretação de tratados internacionais ao entendimento das cortes europeias, o Tribunal Constitucional tem liberdade de entendimento quanto a essa matéria (BVerfGE, 2 BvR 2365/09).

<sup>348</sup> Por muitos, nessa linha: Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais*, sobretudo p. 168 e ss.; Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2000, p. 119; ambos utilizando a tradução espanhola de 1993 da Teoria dos princípios de Robert Alexy. Similar, ignorando a distinção entre a proposta interpretativa da teoria dos princípios e a prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional e concluindo que esse Tribunal cria “normas de precedência condicionada *prima facie*”: Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 86. Enfim, considerando o posfácio de Robert Alexy uma “lição muito influente” no direito constitucional alemão: Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, in: Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), *Direitos humanos e direitos fundamentais: debates contemporâneos*, Salvador, Juspodivm, 2013, p. 163. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citando Alexy: ADPF, 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12 de abril de 2012 - *Aborto de fetos anencéfalos*, sobretudo votos de Luiz Fux e Carmen Lúcia; ADI 4029/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 8 de março de 2012 - *Chico Mendes*. A confusão entre a dogmática constitucional alemã e a teoria dos princípios é tão intensa a ponto de Luiz Fux afirmar, em seu voto na ADPF 132 (Rel. Min. Ayres Brito, j. 5 de maio de 2011) ser de Alexy a noção de *direitos de proteção*, sendo que na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há votos que indicam a origem jurisprudencial desse conceito.

<sup>349</sup> Das obras de Alexy, a *Teoria da argumentação jurídica (Theorie der juristischen argumentation)*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1. Auf. 1983) foi traduzida para sete idiomas diferentes (Inglês, 1989; espanhol, 1989; italiano, 1998; português, 2001 e 2005; chinês, 2002; lituano, 2005; coreano, 2007) e a *Teoria dos Direitos fundamentais* em cinco (espanhol, 1993 e 2001; inglês, 2002; coreano, 2007; português, 2008; e polonês, 2010). Na literatura constitucional, utilizando as obras e conceitos de Alexy, são encontrados exemplos de autores sul-africanos (David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014, p. 41 e ss.) canadenses (Charles-Maxime Panaccio, “In defense of two-step Balancing and proportionality in Rights adjudication”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 24, n.1 (2011): 109-128) e israelenses (Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, sobretudo p. 234 e ss.).

<sup>350</sup> A observação é de Martin Borowski, para quem a teoria dos princípios apresenta a vantagem de ser um modelo com “alta probabilidade intuitiva” (*Grundrechte als Prinzipien*, p. 98).

primeira vez em 1956 por Josef Esser,<sup>351</sup> desenvolvida por Ronald Dworkin em seu ataque ao modelo positivista de Hart e, finalmente, repatriada à Alemanha pelas mãos de Robert Alexy. Para os dois últimos autores, princípios são o correlato normativo de valores culturais e morais, incorporados ao processo de criação e aplicação do direito.<sup>352</sup> Para serem considerados parâmetros de validade, tais princípios não precisam nem mesmo ser positivados. A própria pretensão de correção, ínsita a toda fundamentação e argumentação jurídicas, é suficiente para incorporar essa dimensão moral ao direito. Pragmaticamente, resulta daí que, se um princípio ético ou moral serve de fundamento para, ao menos, uma decisão jurídica, sua validade e pertencimento ao sistema jurídico estão comprovados.<sup>353</sup> Mas a teoria dos princípios vai muito além de uma proposta de incorporação de valores morais ao discurso jurídico. Ela também é uma teoria estrutural do direito, uma teoria analítica, que se volta à investigação das condições de correção da fundamentação jurídica.<sup>354</sup> A primeira dessas condições é a distinção entre regras e princípios.

Separados por um critério lógico e teórico, regras e princípios se dividem em função de suas condições de aplicação e colisão. Mandamentos definitivos e de realização, regras são válidas ou não e podem ter sua aplicação afastada por outras regras. Existindo as condições para sua aplicação, as regras devem incidir e produzir todos os seus efeitos práticos. Princípios, por outro lado, são mandamentos de otimização, aplicados via ponderação, em que as dimensões de peso são consideradas, resultando disso uma regra que pode ser diretamente subsumida ao caso.<sup>355</sup> A passagem da distinção teórica e estrutural de princípios e regras para o plano dogmático pressupõe a identificação de metodologias que guiem essa transição. Nesse ponto, a proporcionalidade entra em contato

---

<sup>351</sup> Esser foi, contudo, mais contido que seus sucessores da teoria dos princípios, pois ele condicionava a validade e a força vinculante de um princípio moral à sua introdução no direito positivo (Cf. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der rechtlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956, p. 41).

<sup>352</sup> Apresentando princípios e valores como conceitos relacionados e intercambiáveis: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 125. De forma similar, mas relacionando a dimensão moral com o princípio material da justiça, ao qual se contrapõe o princípio formal da segurança jurídica: Robert Alexy, “Die Doppelnatur des Rechts” *Der Staat* 50 (2011), 389–404, p. 397.

<sup>353</sup> Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 113.

<sup>354</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 32.

<sup>355</sup> Dentre as muitas versões similares dessa distinção estrutural, algumas: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 77 e ss; Martin Borowski, “Prinzipien als Grundrechtsnormen”, p. 311; Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 52; Hans-Joaquim Koch, “Normtheoretische Basis der Abwägung”, in: Robert Alexy/ Ralf Dreier (Hrsg.), *Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 242; Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista latino-americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630, p. 611.

com a teoria dos princípios. Enquanto regras são aplicadas via subsunção, a aplicação de princípios exige que a proporcionalidade entre em ação. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, aqui no sentido de ponderação, são então passos concatenados de uma estrutura construída para conferir o maior grau de racionalidade e otimização aos princípios em colisão. Proporcionalidade se torna, assim, sinônimo de maior racionalidade argumentativa e de maior efetividade possível dos princípios em conflito.

Ligadas de forma tão estreita, proporcionalidade e teoria dos princípios passam a ser conceitos indissociáveis: quem pretenda utilizar a proporcionalidade ou a tenha alguma vez utilizado deve necessariamente aceitar as premissas da teoria dos princípios, e quem aceita essas premissas deve inviavelmente utilizar a proporcionalidade para solucionar conflitos entre princípios.<sup>356</sup> Vistos sob a ótica dessa teoria, os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são, por sua vez, escalonados e divididos em funções específicas. Os dois primeiros servem à otimização das condições de possibilidade fáticas de realização dos mandamentos em colisão.<sup>357</sup> Adequados são meios que favorecem, ou fomentam, de alguma forma o fim a que são destinados. A inadequação marca assim o ponto em que os princípios em colisão são otimizados em maior escala quando o meio é suprimido, pois a restrição de um dos princípios em colisão não está relacionada ao fomento do outro. Necessários, por outro lado, são meios que, promovendo em igual escala o fim, ou, no caso, princípio, a que se destinam, restringem em menor grau comparativo os demais princípios afetados. Nessas circunstâncias, se uma medida alternativa à aplicada é menos restritiva, mas tem igual adequação, as posições em colisão serão otimizadas com a substituição do meio aplicado pelo meio alternativo. Combinadas e relacionadas, adequação e necessidade indicam o ponto ótimo na relação entre as possibilidades fáticas de otimização dos princípios em colisão.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100.

<sup>357</sup> Também nesse sentido, a tese de Bernhard Schlink: *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 207; seguida, dentre outros, por Leonardo Martins, para quem a única avaliação valorativa nesse passo da prova é aquela do afetado pela medida, a que caberia escolher entre a medida menos agressiva ao seu direito (Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision: Grundrechtskonkretisierung am Beispiel des § 41 abs. 1 BDSG*, Dissertation, Humboldt Universität zu Berlin, 2001, p. 125) e, recentemente, por Renata Camilo de Oliveira (*Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker und Humblot, 2013, p. 131). O ponto de referência de Alexy é, contudo: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 50 e ss., onde se fala que os testes da adequação e necessidade contém uma avaliação de prognoses de medidas estatais.

<sup>358</sup> Ponto que se identifica com o ótimo de Pareto: Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 102; Id., “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, v. 16, n. 2 (2003): 131–140, p. 134.

A insuficiência desses critérios para solucionar a colisão de princípios leva ao recurso da proporcionalidade em sentido estrito, identificada aqui com a ponderação. Ponto em que entra em cena a primeira lei do sopesamento: quanto maior o grau de não satisfação de um direito ou princípio, maior deve ser o grau de realização do fim, ou princípio, em colisão.<sup>359</sup> Enfim, confrontada com críticas que a acusavam de suprimir o espaço de decisão legislativo, a lei da colisão foi refinada e assumiu a feição de uma fórmula matemática, que combina variáveis relativas ao peso abstrato, intervenção e segurança das premissas empíricas da decisão.<sup>360</sup> Relacionadas com três escalas de intensidades de não satisfação de princípios em colisão, que, por sua vez, podem ser substituídas por valores numéricos, as variáveis da fórmula interagem e, finalmente, indicam qual dos princípios tem maior peso relativo no caso. Em situações em que os pesos dos princípios em conflito se apresentarem como equivalentes, ou seja, quando o resultado da aplicação da fórmula é igual a um, há discricionariedade democraticamente eleita na escolha de um dos valores em conflito.<sup>361</sup>

A combinação de decisões das autoridades públicas forma uma rede de precedentes,<sup>362</sup> que, relacionados, determinam os pesos abstratos de futuras ponderações e, enfim, criam uma ordem flexível,<sup>363</sup> ou seja, variável, de princípios e valores, em que o escalonamento em favor de determinado princípio é *prima facie* garantido. Uma nova colisão com a decisão anterior não pode ser excluída, caso em que ao peso dos princípios materiais em conflito se soma o peso do princípio formal, que fundamenta o peso

---

<sup>359</sup> Cf. Robert Alexy, “On balancing and subsumption”, *Ratio Juris*, v. 16, n. 4 (2003): 433-449.

<sup>360</sup> Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, in: Joaquim Jickeli/ Peter Kreuzt/ Dieter Reuter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, 2003, 771-791. Tradução espanhola: Id., “La fórmula del peso”, in: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2007, 15-51. Há diversas variantes da fórmula. Uma das propostas de alteração vem de Carlos Bernal Pulido, que propôs a inclusão seis novos elementos, relativos à importância, ou significado, dos direitos em colisão, aos parâmetros concretos da medida restritiva, que englobaria os elementos de velocidade, probabilidade, alcance, duração, e à segurança normativa das premissas que fundamentam a medida restritiva. O resultado é uma fórmula que congrega 11 elementos de aferição de cada princípio constitucional, que, por sua vez, na hipótese mais simples, teriam pesos variáveis em três escalas (Cf. “La racionalidad de la ponderación”, in: Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 79 e ss.).

<sup>361</sup> Para as diversas espécies e variantes do conceito de discricionariedade na teoria dos princípios: Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht”, p. 16 e ss. Apresentando as espécies de discricionariedade com base na noção de paridade: Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 197 e ss.

<sup>362</sup> Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle*, p. 164; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 188.

<sup>363</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 143.

conferido à decisão da autoridade anterior.<sup>364</sup> A estrutura da teoria dos princípios está então completa, mas isso não quer dizer que esse arsenal teórico indique a resposta correta de dilemas jurídicos específicos. Ao contrário, sua operacionalização pressupõe a determinação prévia dos pesos e valores dos princípios, tarefa que só uma teoria material, que apresente justificações externas à estrutura da ponderação, pode cumprir.<sup>365</sup> Vista das nuvens em que se instalou, a teoria dos princípios apresenta um sistema em que analítica, lógica e estrutura jurídicas são relacionadas e desenvolvidas ao limite. E nesse sentido, os serviços prestados por esse modelo explicativo não devem ser subestimados. A teoria dos princípios apresentou uma hipótese explicativa ampla e coerente dos meandros da *caixa preta* em que se tornou a jurisprudência constitucional alemã.<sup>366</sup> Mais do que isso, agora em relação à estrutura da proporcionalidade, a teoria dos princípios tem a virtude de explicitar com peculiar clareza lógica e teórica os testes que compõem a prova e a relação entre eles. Os problemas surgem, e não são poucos, quando a teoria dos princípios coloca os pés no chão da prática constitucional e apresenta as consequências dogmáticas de suas hipóteses teóricas. Esse é o tema da análise que se segue.

---

<sup>364</sup> Essa era a visão de Robert Alexy em 1985, ano da publicação da primeira edição de seu *Teoria dos direitos fundamentais*. Formais, nesse sentido, são os princípios que fundamentam a validade de normas, independentemente de seu conteúdo, só por elas serem o resultado de procedimentos anteriores (Cf. nessa linha: Martin Borowski, “Prinzipien als Grundrechtsnormen”, p. 321). Recentemente, contudo, Alexy modificou sua concepção original e afirmou, de forma similar a Matthias Klatt, que princípios formais colidem com princípios materiais em um metanível (*meta-level*) de avaliação da constitucionalidade: Robert Alexy, “Formal principles: Some replies to critics”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3 (2014): 511-524, p. 521. Tal variação de entendimentos não espanta, pois, no interior da teoria dos princípios, há variadas interpretações acerca do como se relacionam princípios formais e materiais. Jan-Reinard Sieckmann, por exemplo, apresentou um modelo em que a declaração de inconstitucionalidade deve considerar dois níveis de avaliação. No primeiro, os princípios materiais, que fundamentam o conteúdo da norma, são avaliados. No segundo, entra em cena o respeito ao entendimento consolidado pela decisão anterior do órgão que criou a norma. Nesse último nível, colidem as competências do Legislador e do Tribunal, ambos com concepções e interpretações plausíveis, mas diferentes, da constituição (*Regelmodelle und Prinzipienmodelle*, p. 162 a 164). Marcos Raabe, por outro lado, concebe uma sistemática em que princípios formais, que autorizam o Legislador a decidir com base em premissas incertas, e princípios materiais, que exigem a realização dos mandamentos de otimização, colidem (Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgeber*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 207 e ss.). Abandonando a noção de princípio formal e adotando uma nova fórmula, cuja aplicação precede a fórmula do peso, em que diferentes níveis de certeza quanto às consequências e graus das interferência são ponderados em conjunto com suas respectivas premissas: Matthias Klatt/ Moritz Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 112.

<sup>365</sup> Explicitando a função da distinção para a estrutura da proporcionalidade: Matthias Klatt/ Moritz Meister, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2010, p. 13.

<sup>366</sup> Falando em *black box* da jurisprudência constitucional: Matthias Jestaedt, “The doctrine of Balancing - Strengths and Weaknesses”, p. 158.



### a. Descendo ao ponto zero científico e dogmático

Ciência não é um conjunto aleatório de afirmações e proposições. Sistematizar dados, informações e argumentos de forma a criar e comprovar hipóteses, essas são as tarefas de uma teoria científica, seja ela jurídica ou não. Capacidade explicativa e de convencimento das proposições científicas são, por isso, atributos convergentes. Se e na medida em que uma explicação puder ser comprovada por fatos, as conclusões e hipóteses da teoria científica serão reforçadas. Para que isso ocorra, essas hipóteses têm de ser confrontadas com contraprovas e testes. Toda hipótese científica tem de estar aberta à possibilidade de falsificação.<sup>367</sup> Sem essa possibilidade, a ciência se fecha a argumentos contrários e, conseqüentemente, ao progresso e a desenvolvimentos posteriores. E sem exceções ou hipóteses contrárias, a ciência total se converte em dogma.

É exatamente o que ocorre com a teoria dos princípios. Quando todos os fenômenos jurídicos são convertidos em questões de delimitações entre princípios, que, colidindo, originam regras, as quais, por sua vez, podem ser novamente reduzidas a princípios em uma nova colisão, não há mais exceção possível à linha de pensamento e à hipótese criada pela teoria dos princípios. Até mesmo as críticas a ela endereçadas são assimiladas por seus pressupostos, pois toda razão ou argumento é também assimilado a uma razão moral ou jurídica e, conseqüentemente, também a um princípio. Exemplo: ao argumentarem contra os críticos da inclusão da ponderação da proporcionalidade, os defensores da teoria dos princípios consideram que colisões e ponderações de normas são inevitáveis e que escondê-las sob o manto das provas da adequação e necessidade é sinônimo de falta de transparência argumentativa, de irracionalidade e de déficit democrático.<sup>368</sup> Dilema científico e moral: não há como criticar ou se opor à teoria dos princípios sem que o crítico se torne, ao mesmo tempo e necessariamente, um de seus defensores. Mas, quando a teoria dos princípios alcança esse grau máximo de generalidade e força explicativas, sua maior fraqueza científica e metodológica se torna evidente. Imunes a críticas ou contraprovas, as

---

<sup>367</sup> Para as peculiaridades e dificuldades da construção de um modelo de falsificação jurídica: Bernhard Schlink, "Bemerkungen um Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft", p. 94.

<sup>368</sup> Nessa linha, sustentando que os critérios apresentados por Bernhard Schlink contêm, mesmo que esse autor se negue a admitir, uma forma de ponderação não explícita: Reiner Dechling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München, Franz Vahlen, 1989, p. 13 e ss. De forma direta, sustentando que a tese de Schlink "deve ser considerada antes como um deslocamento do *locus* da ponderação, não como sua rejeição" (Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 100).

hipóteses teóricas por ela formuladas, dentre elas, a distinção entre regras e princípios, não estão mais sujeitas a falsificação. Sem isso, a teoria dos princípios não pode apresentar um programa e uma orientação para o desenvolvimento de seus pressupostos e hipóteses.<sup>369</sup> Ela se tornou um dogma científico.

Tudo se resume, então, a reafirmar ou reformular o que já foi por ela dito e a afastar, ou assimilar, eventuais críticas ou interpretações equivocadas do modelo teórico explicativo criado pela teoria dos princípios. Novas formas de raciocínio decisório, novas relações jurídicas e novas estruturas normativas devem ou ser, de plano, excluídas do universo jurídico ou assimiladas à estrutura teórica binária, que distingue regras e princípios, subsunção e ponderação. A teoria dos princípios é uma ciência avessa a desenvolvimentos.<sup>370</sup> É para que esse sentimento de perpetuidade tenha continuidade, toda e qualquer decisão passada tem de ser reconstruída com base em seus fundamentos teóricos. Não espanta que, apesar de ser uma teoria centrada na análise da jurisprudência constitucional,<sup>371</sup> sejam raras as críticas a julgamentos e decisões embasadas nos conceitos e pressupostos da teoria dos princípios.<sup>372</sup> Quando e se essas críticas surgem, elas não apresentam uma orientação abstrata e sistemática a ser seguida por outros julgamentos que tratem da mesma matéria. Centrada na ponderação e avaliação de fatos e casos, tais críticas são, na verdade, sugestões de como proceder, uma vez que se admita essa teoria como pressuposto. Um exemplo, relacionado à prova da proporcionalidade: se era ou não possível que, ao julgar a ação em que se discutia o racionamento de energia, o Supremo Tribunal Federal pesquisasse outras hipóteses de restrição menos gravosas do que as criadas pela lei, essa é uma questão de fato a ser comprovada no interior e no decorrer do processo, não por suposições ou hipóteses teóricas. Criticar essa decisão simplesmente por desconsiderar hipóteses de restrição teoricamente possíveis, mas não aventadas no processo, é substituir a função do julgador; não fazer teoria ou ciência.<sup>373</sup> Mas isso é

---

<sup>369</sup> Afirmando, com base nessas premissas, que a teoria dos princípios não tem nenhum valor para uma pesquisa empírica do direito: Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, p. 756.

<sup>370</sup> Nessa linha: Ralf Poscher, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, in: Jan-Reinard Sieckemann, *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 65.

<sup>371</sup> A dimensão empírica da teoria dos princípios é centrada na análise da jurisprudência constitucional: Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 32; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 31.

<sup>372</sup> Com essa observação: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 77; Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, p. 756.

<sup>373</sup> Essa tentativa de reconstrução foi formulada por Virgílio Afonso da Silva, para quem, ao julgar a ADI 855/PR e a ADC 9/DF, o Supremo Tribunal Federal não aplicou corretamente os subtestes, que, segundo a

indiferente à teoria dos princípios, pois o que importa a ela é descrever, com base em um modelo teórico fixo, atos ou atividades jurisdicionais passadas.<sup>374</sup> A crítica e a análise de julgamentos se tornam então atos por meio dos quais se formulam uma ou mais hipóteses teóricas, igualmente relativas ao passado. Ciência de hipóteses irreais ou ideais,<sup>375</sup> não de teses que possam ser confrontadas com fatos reais, a teoria dos princípios alcança aqui o ponto máximo de generalidade e abstração, que corresponde ao menor grau de cientificidade e possibilidade de comprovação. Ponto zero científico.

O correspondente dogmático de tal impossibilidade da comprovação das hipóteses criadas pela teoria dos princípios está nas afirmações de que colisões de princípios devem ser racionalmente fundamentadas, que a ponderação deve levar em consideração todos os fatos relevantes ao caso e que normas, sobretudo as que garantem direitos fundamentais, são mandamentos de otimização e, por isso, tendem a colidir.<sup>376</sup> Se é assim, não há mais necessidade de qualquer outro instrumento, técnica ou conceito para a avaliação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. A teoria dos

---

visão “amplamente majoritária” (Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 35), compõem a proporcionalidade. Como o “majoritário” aqui quer dizer “defendido pela teoria dos princípios”, a proporcionalidade é composta de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sendo que essa última prova correspondente à ponderação. O paradoxo dessa tentativa de reconstrução está no seu pressuposto. Não há justificativa na afirmação, que sustenta o argumento do autor, de que todo modelo de prova que não siga os pressupostos da teoria dos princípios é um modelo necessariamente retórico e, por isso, inadmissível. Sua proposta de reconstrução é, portanto, simplesmente uma reafirmação dos pressupostos da própria teoria dos princípios, que, aplicados aos casos comentados, gerariam os efeitos descritos pelo autor. Mas é justamente nessa apropriação do teste da proporcionalidade que se revelam os problemas científicos e dogmáticos dessa proposta teórica, pois, se não há modelo alternativo, ou a prática tem de se conformar com os parâmetros criados pela própria teoria dos princípios, ou ela se converte em retórica e arbitrariedade. Nesse ponto, a teoria assume o papel do próprio direito, pois não vê qualquer possibilidade de argumentação jurídica exterior a ela mesma. E, uma vez que a contra-prova é convertida em arbitrariedade, tudo o que pode ser juridicamente comprovado e argumentado se encontra no interior da própria teoria dos princípios. Totalidade argumentativa se encontra, então, com cientificidade negativa, e a teoria não só substitui a dogmática, mas também a própria atividade jurisdicional.

<sup>374</sup> Afirmando que a teoria dos princípios não é nada além de uma formalização de uma prática passada: Florian Windisch, “Abwägung: total, formal oder strukturiert?”, *Rechtstheorie* 44 (2013): 61-103, p. 71. A mesma ideia foi sintetizada por Matthias Jestaedt, que utiliza uma imagem da obra de Hermann Hesse. Ao formalizar e esclarecer uma prática passada, a teoria dos princípios não seria nada além de um jogo de conceitos, sem objetivo ou conteúdo: *Glasperlenspiel*, ou “jogo de contas de vidro” (Matthias Jestaedt, “The doctrine of balancing - Strengths and Weaknesses”, p. 165). Ou então, ciência de fatos *ex post*, pois “ex ante, não é uma teoria adequada, nem como instrumento de prognóstico, nem como guia de conduta” (Matthias Jestaedt, “Ascenso/ surgimiento y desencanto de la teoria de la ponderación en Alemania”, in: Eduardo Montealegre, Nathalia Bautista, Luis Felipe Vargas (Org.), *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Bogota, Universidad Externado, 2014, p. 37.

<sup>375</sup> Criticando a idealização da proporcionalidade promovida pelo modelo da teoria dos princípios: Peter Lerche, “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?”, in: Joaquin Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65 Geburtstag*, München, Beck, 1997, p. 208.

<sup>376</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 46; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 584.

princípios criou uma regra universal e única para medir todo e qualquer conflito normativo e toda e qualquer controvérsia jurídica.<sup>377</sup>

Basta, então, compreender que regras e princípios têm estruturas diversas, às quais correspondem diferentes metodologias de aplicação, que, por sua vez, serão avaliadas em cada caso, para resumir todo o complexo jurídico e normativo, desenvolvido em séculos de produção e reflexão, que compõe a dogmática dos direitos fundamentais. Nivelados e sem poderem mais ser diferenciados e analisados em função de sua origem, sistematização ou interpretação, só resta a esses direitos a contraposição recíproca, pois sua função normativa foi reduzida a um simples e possível ponto de vista, dentre tantos outros, a ser avaliado e considerado no caso.<sup>378</sup> Mas é justamente nesse ponto, em que direitos e normas são reduzidos a razões e a interesses contrapostos e em que toda a argumentação jurídica é resumida à obviedade contida na afirmação de que decisões devem considerar todas as circunstâncias importantes ao julgamento do caso, as funções de orientação e estabilização de expectativas, que são os principais objetivos de toda a dogmática e os sustentáculos da segurança jurídica, são anuladas. Ponto zero, agora, dogmático.<sup>379</sup>

A consequência processual dessa perda de parâmetros científicos e dogmáticos está no descontrole dos filtros procedimentais criados para condicionar a admissibilidade de demandas constitucionais.<sup>380</sup> Falar em matéria especificamente constitucional ou em

---

<sup>377</sup> A esse respeito, afirmando que, com isso, todo o projeto constitucional é reduzido a uma única regra elementar, que exige que a proporcionalidade seja obedecida: Grégoire Webber, *The negotiable Constitution*, Cambridge University Press, 2009, p. 4. Igualmente críticos quanto a esse ponto: Christian Bumke, *Die Grundrechtsvorbehalt*, p. 41; Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 905; Philipp Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker?”, p. 40.

<sup>378</sup> Sobre a banalização dos direitos fundamentais e a consequente perda de sua função de defesa: Jörg Ipsen, “Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat* 52 (2013): 266-293, p. 276.

<sup>379</sup> Com a mesma argumentação crítica em relação ao projeto dogmático da teoria dos princípios: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 81; Matthias Jestaedt, “The doctrine of balancing - Strengths and Weaknesses”, p. 167; Uwe Volkmann, “Veränderungen der Grundrechtsdogmatik”, p. 267; Florian Windisch, “Abwägung: total, formal oder strukturiert?”, p. 67.

<sup>380</sup> Alertando para essa consequência: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, 1990, p. 9; Reiner Wahl, “Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 1, 2006, p. 760. Com análise quantitativa do aumento das reclamações constitucionais admitidas pelo Tribunal Constitucional em razão da admissão da dupla função dos direitos fundamentais: Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, Beck, 2010, p. 175, onde se indica que alguns dos possíveis fatores de contenção da litigiosidade são simplesmente a *capacidade de trabalho* e a *funcionalidade do Tribunal*. Nem mesmo a reforma processual de 1993 alterou essa situação paradoxal. Transformado pela ordem de valores e pela teoria dos princípios, o Tribunal Constitucional se comporta agora como uma Superinstância de revisão. Não é mais um Tribunal constitucional. E o exemplo mais eloquente dessa transformação é oferecido pelo próprio Alexy: no caso Titanic, o Tribunal avalia se uma expressão específica fere a honra de uma pessoa. Tarefa de juiz de primeira instância, não de um autêntico Tribunal Constitucional. Mas, a partir do momento em que os

afronta direta à Constituição é, para a teoria dos princípios, simplesmente remeter à necessidade de ponderar.<sup>381</sup> E como a ponderação está em toda parte, a jurisdição constitucional também é estendida até onde a teoria possa criar novas classes e hipóteses de colisão e ponderação. Ocorre que, para que a teoria dos princípios tenha algum sentido e função, colisões e ponderações devem existir. Assim, a própria existência dessa teoria pressupõe a extensão a níveis indefinidos da competência de controle do Tribunal Constitucional. E como todo o instrumental dogmático foi reduzido à avaliação da colisão do caso concreto, de nada adianta à teoria dos princípios clamar pela sistematização de conceitos e pontos de orientação, que regulem a prática da jurisdição constitucional. Afinal, avaliar criticamente e dogmaticamente a fundamentação de um julgamento é simplesmente, para essa teoria, substituir ou repetir o que já foi decidido com base em seus pressupostos teóricos.<sup>382</sup>

Enfim, quanto até mesmo a força vinculante dos precedentes é reduzida a um dos pontos e a um dos argumentos de uma possível ponderação, não há mais qualquer limite para a criação indefinida e infinita de colisões de valores e princípios. Quando isso ocorre, precedentes não são mais pontos de apoio e estabilização de expectativas. Como eles passam também a servir de fundamento para a realização de novas ponderações, os precedentes judiciais se convertem em argumentos para a criação de novos conflitos, que

---

princípios e a ponderação se difundem, não é mais possível distinguir entre essas duas instâncias e, tanto o juiz, ponderando, se torna órgão de controle de constitucionalidade, quanto o Tribunal constitucional, novamente ponderando, se torna órgão de revisão da causa. Cf., nessa linha: Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 911.

<sup>381</sup> Se o filtro procedimental recorre a conceitos abertos, como “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (§1º, art. 543-A, CPC), o descontrole causado pela admissão da colisão de princípios será ainda maior, pois quanto mais abertos e gerais os princípios, nesse caso transformados em filtros da admissibilidade de recursos, maior a quantidade de colisões possíveis e maior será a litigiosidade gerada, não só pelos princípios discutidos na demanda, mas também pela aplicação desses parâmetros de contenção.

<sup>382</sup> Por isso, é difícil conceber como e em que medida, com base nos pressupostos da teoria dos princípios, o “acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional” (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 149) pode ser um fator de fomento da previsibilidade e orientação da atividade jurídica. Previsível seria o resultado de tal acompanhamento se dele uma orientação geral pudesse ser derivada. Nesse caso, não é o que ocorre, pois a teoria dos princípios trabalha com colisões e avaliações concretas, que geram regras igualmente concretas e específicas. Sendo assim, uma avaliação de um julgamento pode, ou bem aceitar acriticamente essa consequência concreta, ou então, agora criticamente, afastar essa consequência e exigir que a ponderação contrária seja a adotada. Mas nenhuma dessas vias oferece uma orientação, quanto menos uma avaliação dogmática e crítica, pois, enquanto a primeira é simplesmente uma descrição do julgado, a segunda se identifica com uma demanda de sua revisão. E se o propagado e comentado “diálogo intersubjetivo e institucional” da teoria dos princípios se resume a isso, essa nomenclatura não é nada além de um sinônimo mais sonoro e palatável do ponto zero dogmático. De forma similar quanto à impossibilidade de se construir uma dogmática fundada em precedentes e negando a possibilidade de se construir uma forma de diálogo institucional com base na teoria dos princípios: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 59 e ss.

continuamente reabrem a discussão que se pensava estar superada. À procura da solução desse impasse que ela mesma criou, a teoria dos princípios cria novas categorias, duplica casos e hipóteses de colisão e, enfim, considera encerrada a discussão quando toda a ordem normativa é nivelada ao plano dos princípios e da ponderação. Demonstrar que essa tentativa de solução é infrutífera é o objeto da exposição seguinte.

### **b. Teoria sem objeto, dogmática sem orientação**

A especificidade da teoria dos princípios é ser um modelo teórico estrutural e integral. Generalidade e integração que têm por fundamento uma dicotomia teórica, que igualmente tem natureza estrutural: direitos são regras ou princípios. Com base nessa distinção lógica, que remete à sua matriz norte-americana, a teoria dos princípios deriva consequências metodológicas, dogmáticas e institucionais. Metodologicamente, enquanto a subsunção é o correlato das regras, a ponderação é a forma de aplicação dos princípios. Há aqui uma diferença fundamental entre o projeto da teoria dos princípios e sua fonte de inspiração. Quando Dworkin distinguiu regras e princípios, seu alvo era o modelo teórico de Herbert Hart e seu esforço foi demonstrar que um modelo centrado em regras, sejam elas primárias ou de reconhecimento, não é suficiente para explicar a natureza do direito, que se revela, sobretudo, em sua aplicação.<sup>383</sup> Essa discussão era puramente teórica e girava em torno do que se entende e qual a natureza do direito, sobretudo quando os desacordos moralmente fundamentados – casos difíceis – são tomados em consideração. Era, portanto, uma discussão conceitual, sem efeitos práticos ou dogmáticos diretos.<sup>384</sup>

A teoria dos princípios quer dar um passo além e pretende demonstrar que essa proposta pode e deve ter desenvolvimentos dogmáticos específicos.<sup>385</sup> Todo o arsenal de categorias criado pela teoria dos princípios tem esse fim em vista: criar um sistema em que todos os instrumentos aplicados pela dogmática sejam imediatamente derivados daquela

---

<sup>383</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, p. 17 e ss.

<sup>384</sup> Direto ao ponto, José Afonso da Silva afirma, por isso, que tal distinção e também sua apropriação pela teoria dos princípios não têm fundamentos constitucionais e pertence à análise filosófica do direito: Cf. José Afonso da Silva, *Teoria do conhecimento constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 634.

<sup>385</sup> Com base nessa constatação, afirmando que a real contribuição da teoria dos princípios está no nível de abstração puramente teórico, sobretudo na reconstrução das formas de argumentação jurídicas: Ralf Poscher, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, p. 77.

descoberta teórica.<sup>386</sup> Há nisso um duplo paradoxo. Primeiro, aquele modelo original, que serve de inspiração à teoria dos princípios, era uma tentativa de combate ao pensamento estritamente dogmático. A incorporação de valores morais e comunitários a ele tem esse sentido. Em seus próprios pressupostos, o projeto da teoria dos princípios é, portanto, falho. Se a intenção era apresentar uma dogmática voltada para o direito constitucional alemão, Dworkin teria de ser a última opção, não a primeira, para a construir esse modelo.<sup>387</sup> Segundo, a operacionalização dos instrumentos dogmáticos construídos por essa teoria é, em si mesma, problemática. Prova disso é que não se sabe ao certo quando se está diante de uma regra ou um princípio. Para aferir tal distinção, a teoria dos princípios simplesmente oferece uma explicação teórica: regras são aplicadas diretamente e por meio da subsunção; princípios exigem, ao contrário, ponderação. Mas como essas categorias não são identificadas com o texto, ou enunciado, normativo, o único indicativo dessa distinção só pode ser aferido após a interpretação e aplicação da norma, ponderada ou subsumida.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> Exemplo dessa estratégia está na tentativa de reconstrução dos conceitos como a dimensão de adequação (*fit*) e integralidade com base na noção de princípio formal: Cf. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 225.

<sup>387</sup> Tal paradoxo é sintetizado pela oposição entre o aspecto universalista e a proposta de reconstrução da dogmática alemã defendida pela teoria dos princípios. Nessa linha: Phillip Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker?”, p. 30 e ss. Similar, identificando a ambiguidade entre local e universal no interior do próprio conceito de norma apresentado por Alexy: Massimo de la Torre, “Nueve críticas a la teoría de Alexy”, in: Agustín José Menéndez/ Erik Oddvar Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos e constitucionales, 2010, p. 81.

<sup>388</sup> Até mesmo a distinção entre norma e texto normativo se torna problemática com a teoria dos princípios. Comparada com a distinção kelseniana entre norma (*Rechtsnorm*) e proposição jurídica (*Rechtssatz*), a distinção entre norma e enunciado proposta pela teoria dos princípios contém uma dupla inversão metodológica. Primeiro porque, com essa distinção, Kelsen queria simplesmente distinguir planos de distintos reflexão: o do direito positivo, onde as decisões da autoridade competente comandam atitudes humanas – esse é o plano das normas – e o plano da ciência do direito, onde proposições descritivas e hipotéticas – aqui sim, as proposições jurídicas – representam as condições e o conteúdo das normas que pertencem a um determinado ordenamento jurídico. Proposições e hipóteses científicas não têm ou criam, nesse sentido kelseniano, qualquer normatividade. Ao contrário, essa característica está vinculada à decisão da autoridade eleita para criar o direito. Quando, por outro lado, Alexy identifica a norma jurídica como o produto da interpretação e vincula essa consequência aos pressupostos de sua própria teoria – o principal deles é a distinção estrutural entre regra e princípio –, ele transfere para a ciência do direito a função que, para Kelsen, era reservada à decisão da autoridade eleita: construir e atribuir normatividade a enunciados normativos ou sentenças. E é o próprio Alexy quem diz que, “confrontado com o conceito de enunciado normativo, o conceito de norma é o conceito primário” (*Theorie der Grundrechte*, p. 42). Nesse ponto, não só a dogmática mas também a Constituição sucumbem à pressão da teoria, pois ambas estão sujeitas aos pressupostos normativos, criados em abstrato, pela teoria dos princípios. Não admira a desorientação de quem pretenda definir se, para a teoria dos princípios, um enunciado contém um princípio ou regra, que são espécies de normas. Transformados em conceitos primários em relação até mesmo ao texto constitucional, essas espécies normativas têm de ser definidas com base em critérios teóricos criados pela própria teoria dos princípios. Mas, como esses critérios exigem que a norma seja aplicada, o próprio texto constitucional passa a ser definido em função de sua aplicação, sem que seu conteúdo e estrutura tenham sido previamente definidos. Mais um dos paradoxos de uma teoria que pretende reduzir toda a normatividade do direito positivo a um conjunto de proposições teóricas. Com crítica similar e afirmando que a normatividade é uma característica do texto constitucional, não da interpretação ou da teoria jurídicas: Christian Bumke, *Der Grundrechtsvorbehalt*, p. 53. Para a distinção kelseniana de norma e proposição jurídica: Hans Kelsen, *Reine*

Na primeira hipótese, há princípio; na segunda, regra. Tautologia, pois a separação estrutural entre regras e princípios deveria ser o fator determinante da metodologia de aplicação dessas categorias normativas. Mas tal distinção acaba por ser, ela mesma, determinada por seu método de aplicação.<sup>389</sup>

Nesse ponto, a teoria dos princípios consome a si mesma, pois foi um de seus defensores quem mostrou ser impossível encontrar um critério dogmático para a distinção de princípios e regras. Isso porque, enquanto mandamentos normativos, ambas as categorias exigem que, preenchidas suas condições de aplicação, seu conteúdo seja realizado. Para a teoria dos princípios, a diferença específica entre eles está em que, enquanto regras exigem que seu conteúdo seja realizado plenamente, princípios exigem que uma situação seja otimizada, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso. Se é assim, da mesma forma que regras são ou não aplicadas, princípios são ou não otimizados e sua diferença não está mais na estrutura dos mandamentos normativos, mas sim no grau de realização de seu conteúdo. Ou seja, quando “duas soluções realizam um mandamento de otimização em diferentes graus e a primeira delas em maior grau que a segunda, então só a primeira realiza o mandamento de otimização”.<sup>390</sup>

Isso quer dizer que, em sua estrutura normativa, regras e princípios são categorias idênticas. Para que a teoria dos princípios não entre em colapso, é, então, necessário formular uma nova distinção. Enquanto objeto de ponderação, princípios não são mandamentos de otimização, mas sim mandamentos a serem otimizados. Ao contrário da primeira categoria, a última é realizada em graus, pois seu conteúdo é um dever-ser ideal.<sup>391</sup> Mas tal duplicação de noções e estruturas e a mudança da nomenclatura não resolvem o problema, pois o conteúdo de qualquer norma pode ser otimizado e realizado

---

*Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auf. 1960, Matthias Jestaedt (Hrsg.), 2013, p. 141; Id., *General theory of Law and State*, Harvard University Press, 1949, p. 45. Uma avaliação crítica da distinção de Kelsen em: H.L.A. Hart, “Visita a Kelsen”, *Lua nova*, n. 64 (2005): 153-177, p. 154 e ss. Incorretamente, aproximando as distinções de Kelsen e Alexy: Thomas da Rosa de Bustamante, “Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas”, *Revista de informação legislativa*, n. 171 (2006): 81-90, p. 82.

<sup>389</sup> Nessa linha: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 216; Helge Rossen, “Grundrechte als Regeln und Prinzipien”, in: Christoph Grabenwarter (Hg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Wien, Boorberg, 1994, p. 55. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 66.

<sup>390</sup> Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 65, tradução livre. Similar: Aulius Aarnio, “Taking Rules Seriously”, *ARSP*, Beiheft 42 (1989): 180-192, p. 187; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 76.

<sup>391</sup> Robert Alexy, “Sobre a estrutura dos princípios jurídicos”, *Revista internacional de Direito Tributário*, v. 3 (2005): 155-167; Id., “Ideal Sollen”, in: Laura Clérico/ Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 23.



em graus, sem que isso altere em nada sua estrutura normativa.<sup>392</sup> Otimizar a saúde, por exemplo, é um ideal que pode ser alcançado com a distribuição de remédios, a criação de leis ou, até mesmo, a criação de normas ou atos normativos. Em todas essas hipóteses, o que ocorre é a alteração de fatos ou atos que tendem a uma finalidade prescrita pelo mandamento de otimização. Mas não só não é necessário pressupor que, por isso, o conteúdo da otimização tenha a estrutura de um princípio, como também isso levaria também ao erro de pensar que o simples fato de uma norma vincular sua efetividade a uma finalidade altera sua estrutura. A única constatação que suporta a tese da teoria dos princípios nesse ponto é que existem direitos fundamentais que podem ser realizados em graus, em função de uma finalidade. Seria o caso também do direito à educação, que, segundo o texto constitucional, deve realizada e promovida pelo Estado em colaboração com a Sociedade.

O problema está em generalizar essa constatação e afirmar que todo direito fundamental tem essa mesma característica.<sup>393</sup> Não tem sentido, por exemplo, afirmar que a liberdade de profissão está condicionada a uma finalidade. Esse direito e seu exercício foi simplesmente e de fato garantido pela Constituição e, com isso, todos os atos e condutas que venham a ser classificados como exercício de profissão são constitucionalmente protegidos, independentemente da finalidade ou ideal perseguido por seu titular. Mas assim como, para garantir esse direito, não é necessário pressupor que exista um conteúdo de dever-ser factual ou real, que se expresse nos fatos por ele protegidos, é dispensável, em casos como o do direito à educação, a noção de dever-ser ideal, que indique as finalidades dessas normas.<sup>394</sup> Em ambos os casos, o conceito de mandamento de realização, ou seja, na terminologia estrutural da teoria dos princípios, a noção de regra, e a aferição da variação

---

<sup>392</sup> Nesse sentido, conferir: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 79; Id., “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, p. 69, texto recentemente traduzido para o inglês e publicado em: Ralf Poscher, “The principles theory: how many theories and what is their merit?”, in: Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized reason*, Oxford University Press, 2012, p. 218-248.

<sup>393</sup> É corriqueira a constatação e a crítica que afirma que direitos fundamentais podem, mas não necessariamente devem ser otimizados. Essa é uma dentre tantas outras possíveis formas de realização desses direitos; não a única. Por isso, se os efeitos do direito fundamental podem ou devem ser otimizados, é uma avaliação e uma conclusão que depende, antes de qualquer outra coisa, do texto constitucional, não da teoria. Crítico e similar: Jörg Ipsen, “Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik”, p. 286; Peter Lerche, “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?”, p. 204.

<sup>394</sup> Com o mesmo argumento, mas utilizando o exemplo da liberdade de expressão: Ralf Poscher, “Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihren Gegenstand”, *RW 4* (2010): 349-372, p. 363. Afirmando que a noção de dever-ser ideal leva a pressupor que o legislador deva buscar a melhor solução para o caso e que isso acarreta não só a transferência da competência legislativa, mas também compromete a confiança e a fiabilidade da própria teoria dos princípios: Peter Lerche, “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?”, p. 206.

dos diferentes graus de realização dos respectivos conteúdos normativos, são suficientes para construir um modelo dogmático e explicativo que oriente a aplicação dessas normas. Não é necessário duplicar essa estrutura.

É o que ocorria no Brasil antes do mergulho no modelo da ponderação. Aqui, a distinção entre as noções de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais tinha justamente esta finalidade: orientar a aplicação desses parâmetros em função das diferentes configurações, não da estrutura, e sim das relações entre o mandamento normativo e a finalidade por ele perseguida.<sup>395</sup> Aplicabilidade era o atributo da regra ou norma que tinha capacidade de ser aplicada em uma situação. Eficácia, a característica da norma que podia produzir efeitos.<sup>396</sup> Mesmo conectados, esses planos de reflexão eram independentes e era possível combiná-los, criando classes de normas aplicáveis, mas com eficácia variável, algumas delas com eficácia condicionada à busca de finalidades gerais ou específicas. Nas normas de eficácia limitada, por exemplo, encontravam-se aquelas cuja eficácia era vinculada à busca de finalidades sociais ou econômicas. Nada disso levava a pressupor a alteração da estrutura normativa do mandamento constitucional. Nenhuma dessas variáveis era fruto de pressuposições teóricas generalizantes. Ao contrário, elas eram deduzidas da análise e interpretação do texto constitucional.

É diferente o que ocorre quando, com base em pressupostos gerais da teoria dos princípios, se afirma que toda norma constitucional é regra ou princípio, que direitos não são absolutos e, regulamentados ou regulados, eles são sempre restringidos e exigem, por isso, ponderações. Ocorre mais uma vez a redução ao ponto zero dogmático, pois todo o complexo normativo e constitucional foi condensado em um único parâmetro: limitação, proporcionalidade e ponderação.<sup>397</sup> Novamente, para afirmar que todo e qualquer direito está sujeito a limites e restrição, a teoria recorre a uma naturalização das técnicas jurídicas de proteção: a dimensão objetiva, institucional e valorativa dos direitos superou a noção de direito de defesa e tudo agora depende de regulação e intervenção estatal.<sup>398</sup> Falar de

---

<sup>395</sup> Criticando essa distinção, por considerar esses conceitos tautológicos: Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 44.

<sup>396</sup> Distinguindo entre eficácia jurídica e social e denominando essa última efetividade: Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 314 e ss.

<sup>397</sup> Sustentando que não há norma constitucional imune à restrição e que, portanto, não tem sentido a distinção entre categoria de normas constitucionais de eficácia contida e imediata: Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 263.

<sup>398</sup> Virgílio Afonso da Silva utilizou o exemplo do direito à propriedade para argumentar que a efetividade de qualquer direito fundamental exige regulação e intervenção estatal, pois esse direito só seria “pleno se, de fato, o Estado cumprir seu dever de protegê-lo” (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 236). O

direito imediatamente aplicável e eficaz seria, portanto, um discurso ultrapassado, de uma época em que os instrumentos jurídicos eram tratados como tal, não como metáforas ou ideais. Mas, a partir do momento em que o elemento definidor e distintivo da noção de princípio, tal qual descrito pela teoria dos princípios, se revela como a busca da realização de uma finalidade ideal,<sup>399</sup> que, a depender das possibilidades fáticas, pode ser efetivada em diferentes graus, essa noção passa a ser simplesmente o substituto teórico de uma categoria que já existia no modelo brasileiro anterior: normas constitucionais programáticas. Qual seria, então, o ganho metodológico e dogmático da substituição do modelo anterior pelo apresentado pela teoria dos princípios? Para responder a essa questão e justificar essa opção não basta afirmar que todo direito é relativo e restringível, que os direitos fundamentais colidem e por isso são princípios, que exigem a otimização e a ponderação. Essas afirmações simplesmente remetem ao problema inicial. E aqui está uma tarefa que a teoria dos princípios não pode cumprir: voltar a pensar, a analisar, discutir o texto constitucional e os conceitos que estão por trás dele. Não pode porque isso a retiraria do olimpo teórico em que se instalou e exigiria que ela demonstrasse e fundamentasse a aplicação de suas hipóteses teóricas para cada caso e para cada direito fundamental.<sup>400</sup>

Como isso é justamente o que uma teoria geral e estrutural dos direitos fundamentais não pode admitir, a teoria dos princípios se vê diante de um impasse: ou retorna a seu local de origem, que é a teoria geral da argumentação jurídica, e, de lá, sem ter nenhuma

---

problema desse argumento está na definição do que é ser um direito “pleno”. Se isso quer dizer que o direito está protegido contra intervenções decorrentes da atividade estatal, a previsão da garantia é em si mesma “plena”. Se, ao contrário, “pleno” quer dizer que todos devem ser proprietários de imóveis, que essa propriedade deve ser protegida pela polícia e registrada em cartórios, nada disso é garantido pela Constituição. Esses são instrumentos legais que efetivam aquela garantia. Por isso, a supressão de um deles não é, em si mesma, uma intervenção na proteção constitucional da propriedade. É simplesmente uma alteração da configuração da proteção. Só se for comprovado que esses atos interferem diretamente na fruição do direito é que haverá uma intervenção estatal, que deve ser justificada. Tudo isso é plenamente compatível com o modelo de proteção dos direitos de defesa. De forma semelhante: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 167 e ss.

<sup>399</sup> Corretamente, identificando o elemento finalístico como traço característico da noção de princípios: Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 78. De maneira similar, propondo a substituição do controle de proporcionalidade, em que ocorre a colisão de princípios, por uma forma de controle finalístico: Elival da Silva Ramos, “A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro”, in: George Salomão Leite/ Ingo Wolfgang Sarlet/ Miguel Carbonell, *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador, Juspodvim, 2011, p. 347-375.

<sup>400</sup> Afirmando que a teoria dos princípios se instalou em um olimpo teórico, em que estruturas normativas, tais quais a decorrente da distinção de regras e princípios, ao invés de decorrerem da interpretação de disposições e textos do direito positivo, são pressupostos que “caem do céu” teórico criado pelos autores que defendem essa teoria: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 217. De forma similar, afirmando que, ao ter de analisar e determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios entra em contradição consigo mesma, pois deixa de ser uma teoria geral e estrutural do direito: Wolfram Cremer, *Die Freiheitsgrundrechte*, p. 227.

pretensão prática ou dogmática, fornece descrições e análises acerca do modo como argumentos jurídicos são construídos, ou deixa de ser uma teoria geral da dogmática jurídica e passa a ser uma teoria dogmática entre outras tantas. Na última hipótese, ela teria de conviver com a teoria institucional, a teoria democrática e a dos direitos de defesa.<sup>401</sup> Não poderia mais dizer que direitos sempre colidem, são relativos e, por isso, são princípios com estrutura de mandamentos de otimização. Teria, ao contrário, de fundamentar e comprovar quando e em que hipóteses tais direitos são normas condicionadas a uma realização gradual e por que e em que medida a pressuposição de uma finalidade ideal é dogmaticamente admissível para realizar sua proteção.<sup>402</sup> Essa é uma opção aberta à teoria dos princípios. A escolha ainda não foi feita e cabe a quem adote esse modelo teórico eleger um desses caminhos. Importante é saber que, na situação em que se encontra, sem conseguir apontar que direitos ou normas são princípios ou regras e qual é o traço distintivo de tais categorias, a teoria dos princípios se encontra em uma espécie de limbo dogmático, metodológico e teórico, pois, ao mesmo tempo, ao invés de orientar, desorienta o aplicador da norma e também não apresenta uma explicação geral e teórica que identifique claramente seu objeto de estudo: os princípios. Teoria sem objeto, dogmática sem orientação, a teoria dos princípios apresentou seu próprio modelo do teste da proporcionalidade. Ele será analisado a seguir.

### **c. Transformação e dissolução da proporcionalidade**

A proporcionalidade foi a figura escolhida para tornar o modelo da teoria dos princípios operacional. Vinculada à noção de princípio e mandamento de otimização, a prova deixa definitivamente sua função original de defesa e passa a ser um instrumento geral, voltado a atribuir racionalidade e clareza a toda e qualquer decisão que solucione um caso de colisão de direitos fundamentais. Decisivo para sua aplicação não é mais o conceito de intervenção estatal no conteúdo do direito fundamental, e sim o conflito de princípios, que, interpretados de forma ampla e confrontados com argumentos morais e interesses

---

<sup>401</sup> Para uma descrição e uma análise desses modelos: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, p. 56 e ss.

<sup>402</sup> Cf., nesse sentido: Ralf Poscher, “Theorie eines Phantoms”, p. 368 e ss; Id. “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, p. 77 e ss. Jan Henrik Klement, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt”, p. 760; Phillip Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker?”, p. 43.

coletivos, não necessariamente indicados pela Constituição, têm de ser concebidos como normas relativas e ponderáveis.<sup>403</sup> De instrumento de proteção para fundamento da relativização de direitos, a transformação silenciosa operada na finalidade e na utilização da proporcionalidade gera uma inversão de seus efeitos. Aos olhos da teoria dos princípios, não só a intervenção, mas também a proteção dos direitos fundamentais deve ser justificada pela proporcionalidade e pela ponderação.<sup>404</sup> Indivíduo, coletividade e Estado são, assim, colocados frente a frente e em um mesmo plano, e a função de proteção dos direitos fundamentais, que era voltada para seus titulares, desaparece.<sup>405</sup> Como que para suprir essa inversão do sentido normativo da prova, a teoria dos princípios adota um conceito generalizante de liberdade, do sentido da proteção e do próprio suporte fático,<sup>406</sup> ou hipótese de aplicação, dos direitos fundamentais.<sup>407</sup>

O suporte amplo é o correlato dogmático da noção teórica de princípio, entendido como mandamento de otimização, e ambos são os elementos catalisadores da expansão da utilização e da eliminação dos contornos do teste da proporcionalidade.<sup>408</sup> Ampliado e compreendendo toda e qualquer ação, estado ou situação que, considerada isoladamente,

---

<sup>403</sup> Cf. Matthias Klatt/ Moritz Meister, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, p. 173; Kai Möller, “Proportionality: Challenging the critics”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3, (2012): 709-731, p. 727. Mattias Kumm, “The idea of socratic contestation and the right to justification: The point of right-based proportionality review”, *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 2 (2010): 141-175, p. 147; George Pylakos, “Constitutional Rights, Balancing and the Structure of Autonomy”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, v. XXVI, n. 1 (2011): 129-153, p. 143. Crítico quanto a esses pontos: Francisco Urbina, “Balancing as reasoning and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 1 (2014): 214-221.

<sup>404</sup> Afirmando que a teoria dos princípios anula a liberdade individual: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 71; Tor-Inge Harbo, “The function of the proportionality principle in EU Law”, *European Law Journal*, v. 16, n. 2 (2010): 158-185, p. 168 e 170.

<sup>405</sup> Falando em assimetria de proteção em favor dos titulares de direitos fundamentais e em desfavor do Estado: Werner Hern, “Freiheit und Gleichheit”, Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 2, p. 462.

<sup>406</sup> A expressão *suporte fático* é polêmica. Peter Lerche, por exemplo, diz que ela não é adequada para descrever as condições de aplicação e incidência da proteção constitucional, pois não há um fato, ou característica que, isoladamente considerada, poderia ser considerada suficiente para acionar a norma constitucional. Ao contrário, “suporte” dos direitos fundamentais seria o conjunto de atos, fatos e realidades, incluindo as dinâmicas social e econômica e a configuração normativa dessas esferas decorrente da intervenção do estado nesses domínios (Cf. Peter Lerche, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, p. 747). Igualmente crítico a esse respeito: Wolfgang Hoffmann-Riem, “Gesetz und Gesetzvorbehalt im Umbruch”, p. 17.

<sup>407</sup> Cf. a respeito da noção de proteção *a priori* ilimitada dos direitos fundamentais: Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 101, onde se fala em direito *em si ilimitado*. Na mesma linha: Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 140.

<sup>408</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 291. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 109; Id., “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, *Revista Direito do Estado*, n. 4 (2006): 23-51, p. 35.

contenha uma característica potencialmente protegida pela norma constitucional, o suporte fático perde então sua função de direcionamento, estruturação e orientação da prova da restrição do direito fundamental.<sup>409</sup> Ele passa simplesmente a indicar os princípios que, em concreto, podem vir a colidir. Por isso mesmo, o ato de adicionar quaisquer outros elementos normativos ao suporte fático passa a ser visto como uma redução infundada, pois não fundamentada via sopesamento, da proteção original, pressuposta, abstrata e possível da noção ampliada do suporte fático.<sup>410</sup> Enfim, transformado em uma categoria teórica e abstrata, o suporte fático não indica mais as condições para que as consequências da proteção normativa venham a incidir.<sup>411</sup> Ele contém uma proteção indeterminada, de um direito protegido *prima facie*, ou seja, sujeito a ulteriores ponderações. Suporte fático amplo quer dizer, portanto, proteção ampla, mas sob condição de ponderação, pois direitos só nascem, em definitivo, no interior da teoria dos princípios, após a colisão e o sopesamento.<sup>412</sup> Em consequência, como toda e qualquer ação humana é potencialmente protegida por um direito fundamental, não há mais limites para conter as hipóteses aplicação da proporcionalidade, pois toda regulação, por menor que seja, de alguma atividade, já pode ser considerada uma forma de limitação do exercício desses direitos e exige justificação.<sup>413</sup> Proporcionalidade, sopesamento e direitos fundamentais estão por toda parte.<sup>414</sup>

Aqui a teoria dos princípios caminha no limite da contradição. Estranhamente ela recorre ao argumento textual, dizendo que a concepção ampla do suporte fático é a que mais respeita o teor literal da Constituição, sendo que essa mesma linha de argumentação

---

<sup>409</sup> Acerca dessas funções: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bb. III. 2, p. 15.

<sup>410</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 290.

<sup>411</sup> Enquanto categoria teórica, suporte fático é um juízo hipotético condicional. Nesse sentido, essa categoria simplesmente indica que, verificadas as condições necessárias para ativar a proteção normativa, o resultado nela descrito deve ocorrer. Em termos dogmáticos, essa é, portanto, uma categoria neutra, pois de um juízo puramente hipotético não podem ser extraídos mandamentos concretos de ação (Cf. Manfred Rehbinder, *Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts*, 8. Aufl., New York, de Gruyter, 1995, p. 28). Justamente para que essa categoria adquira operacionalidade, são criados os conceitos de âmbito de proteção, intervenção e conteúdo protegido.

<sup>412</sup> Criticando a perda dos sentidos dos direitos fundamentais causada por essa expansão presumida da proteção: Grégoire Webber, “On the loss of rights”, in: Grand Huscroft/ Bradley W. Miller/ Grégoire Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 136.

<sup>413</sup> Dentre muitos, apresentando a mesma observação: Peter Lerche, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, p. 753.

<sup>414</sup> Crítico quanto a essa conclusão: Walter Leisner, “Abwägung überall - Gefahr für den Rechtsstaat”, *NJW* 10 (1997): 636-639.

foi afastada quando se tratava de restringir as hipóteses de limitação dos direitos fundamentais às previstas no texto constitucional. Seria preferível o suporte fático amplo, que considera toda ação que apresenta ao menos uma característica típica como um caso de exercício de direito fundamental, ao suporte fático restrito, pois este último exclui atos e ações *a priori* típicas, sem apresentar justificção suficiente para tanto. Surge aqui uma nova circularidade. Mesmo que a teoria dos princípios queira esvaziar as operações que compõem o arsenal da metodologia jurídica, reduzindo todas elas à confrontação de um ato com o teor textual da norma constitucional, nada disso afasta a necessidade de interpretar e, conseqüentemente, definir o significado, tanto o ato estatal avaliado quanto de seu parâmetro constitucional.<sup>415</sup> Os próprios defensores da teoria dos princípios admitem isso quando afirmam que, antes de serem ponderadas, as normas de direitos fundamentais têm de ser interpretadas.<sup>416</sup> Se é assim, ou seja, se as condições de incidência da norma, isto é, seu suporte fático, só podem ser aferidos após a interpretação, não tem sentido falar em suporte fático e proteção constitucional amplos ou restritos. A amplitude e a extensão da garantia contida nesses parâmetros serão definidas pelos dispositivos constitucionais e sua interpretação jurídica, não por hipóteses, pressuposições ou suposições teóricas.<sup>417</sup>

Dois exemplos, ambos já abordados tanto pelos defensores quanto pelos críticos da teoria dos princípios.<sup>418</sup> Determinar o local em que se admite a realização de manifestações é um dos pressupostos – suporte fático – do exercício desse direito fundamental. No caso brasileiro, essas condições espaciais foram apresentadas pela expressão *locais abertos ao público* (art. 5º, XVI, CF/1988). Fundamental para a interpretação desse dispositivo é a conjunção *ao*, pois ela indica que “público” é, nesse caso, um sujeito. Diferente seria se o texto dissesse “locais abertos e públicos”, caso em que o último termo seria um adjetivo do

<sup>415</sup> Afirmando que as condições de incidência e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais devem ser determinados via interpretação, não ponderação: Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der einschränkbarkeit vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Diss. Albert-Ludwigs Universität Freiburg im Breisgau, 1998, p. 230; Bernd Jeand’Heur, “Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektive Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen”, p. 165. Similar, mas sustentando que a garantia de direitos fundamentais deve ser interpretada amplamente: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitation*, p. 48 e ss. Contra, afirmando que tais garantias devem ser interpretadas restritivamente: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken”, p. 187.

<sup>416</sup> Exemplos: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 54; Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, p. 615.

<sup>417</sup> Nessa linha: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 159; Detlef Merten, “Grundrechtlicher Schutzbereich”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 3, 2006, p. 63. Similar: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 411.

<sup>418</sup> Por todos, analisando casos de regulação e restrição do direito de manifestação com base nas categorias da teoria dos princípios: Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 104 e ss.

substantivo “locais”. Se é assim, decisivo para determinar se e onde não é possível realizar manifestações é a condição de o local do ato ser acessível ao público em geral. Residências, escritórios ou locais fechados de trabalho e até mesmo repartições públicas não abertas ao público são, assim, locais excluídos da área em que o direito de livre manifestação pode ser exercido. Neles não é possível realizar manifestações, e, para se chegar a essa conclusão, não é necessário realizar qualquer ponderação. Mais complexo é o caso de locais abertos ao público, onde também é realizada alguma atividade profissional. Se esse é o caso, a manifestação será autorizada, a não ser que seu exercício implique o impedimento da continuidade da atividade profissional. Quando isso ocorrer, o não impedimento da manifestação representará uma intervenção estatal na proteção do próprio exercício da liberdade profissional, caso em que será admitida a restrição da manifestação, desde que tal limitação seja considerada proporcional.

No caso do Parlamento, que, por ser um local em que a democracia é exercida, deve estar aberto à participação popular, há simultaneamente duas categorias de espaços: o plenário, que deve estar sempre aberto ao público, e os gabinetes, em que é realizada a atividade profissional dos deputados e seus assessores. Se é assim, o direito de manifestação poderá ser afastado somente se e quando seu exercício implicar em restrição excessiva da atividade dos profissionais que atuam nos espaços fechados ao público. Caso contrário, a manifestação deve ser permitida.<sup>419</sup> Orientação idêntica tem de guiar a avaliação da constitucionalidade de normas que proíbam a realização de manifestações públicas em avenidas onde há grande circulação de pessoas. O simples fato de dificultar o acesso ao trabalho não é suficiente para justificar a restrição, mas, se as manifestações são corriqueiras e realmente impedem o acesso ao local de trabalho, então a intervenção poderá ser justificada, se outro meio interventivo menos drástico não possa substituir a proibição.<sup>420</sup> Importante aqui é perceber que, em todas essas hipóteses, o ponto de partida

---

<sup>419</sup> Afirmando que a lei que cria perímetros de segurança ao redor de órgãos de estado deve ser interpretada como uma exclusão do exercício de manifestações que interfiram na liberdade individual de quem trabalha nesses locais: Michael Kniesel/ Ralf Poscher, “Versammlungsrecht”, in: Erhard Denninger/ Frederik Rachor, *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Auf., München, Beck, 2012, p. 1172. Similar, fazendo um paralelo entre as regulamentações brasileira e alemã da liberdade de reunião e discutindo casos recentes da jurisprudência de ambos os países: Lucas Catib de Laurentiis/ Roberto Baptista Dias da Silva, *Freedom of assembly as a condition for democracy*, Working paper, Oslo, World Congress of Constitutional Law, 2014.

<sup>420</sup> Para o caso da proibição de manifestações em perímetros de segurança ao redor de órgãos públicos, Hoffmann-Riem cogita a hipótese de uma medida menos restritiva: a exigência de comunicação prévia à autoridade, para que esta indique um espaço próximo e um horário adequado para a realização da manifestação (Cf. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Versammlungsfreiheit”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 4, p. 1.184).



da análise tem de ser a interpretação e a definição do conteúdo do direito protegido. Mesmo nos casos em que a proporcionalidade pode ser utilizada, é impossível determinar se a intervenção é ou não excessiva, seja em relação à proibição da manifestação ou no que tange ao direito de exercer a liberdade profissional, sem que se tenha um parâmetro normativo prévio para guiar tal avaliação.<sup>421</sup> Não tem sentido, portanto, defender um suporte fático amplo do parâmetro constitucional que garante a liberdade de manifestação sem que se apresente um fundamento para esse alargamento do parâmetro de controle. Justificação que tem de ser dogmática, ou seja, tem de ser fundamentada em argumentos relacionadas ao direito positivo e à prática jurisdicional. Afirmar simplesmente que direitos fundamentais são princípios, que, por serem mandamentos de otimização, exigem interpretação e suporte fático amplos, é simplesmente repetir os pressupostos da teoria dos princípios e procurar retirar disso consequências práticas e dogmáticas. Petição de princípio, pois até mesmo os mandamentos de otimização, por serem normas, têm de ter uma hipótese de incidência determinada pela interpretação do parâmetro constitucional.

Há, portanto, um contrassenso na afirmação, defendida com frequência pelos partidários da teoria dos princípios, de que a determinação do sentido da norma constitucional exclui, sem qualquer justificação, condutas *prima facie* protegidas pelo direito fundamental. Não há tal exclusão, porque nunca houve inclusão. No caso do direito de manifestação, essa conclusão se apresenta com clareza no fato de que o conteúdo normativo desse direito fundamental não alcança condutas realizadas em quaisquer locais. Só se poderia afirmar que esse parâmetro normativo é restrito se houvesse outro parâmetro mais largo. Para negar esse fato, a teoria dos princípios simplesmente pressupõe que existe esse outro nível normativo, onde estão os direitos em estado ilimitado e assim ela pode afirmar que toda e qualquer regulamentação, até as constitucionais, são restrições de direitos fundamentais.<sup>422</sup> Tudo ocorre como se houvesse um parâmetro normativo superior e mais amplo que o próprio direito, que, revelado aos sacerdotes da teoria dos princípios, pode servir de fundamento universal para a análise toda e qualquer restrição de direitos.

---

<sup>421</sup> Nesse sentido, afirmando que a determinação do conteúdo do parâmetro de controle é um pressuposto lógico anterior à determinação dos limites e intervenções do direito: Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, p. 49; Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 159. De forma semelhante e criticando a proposta de Alexy quanto a esse aspecto: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitation*, p. 33 e ss.

<sup>422</sup> Afirmando que o nível dos princípios *prima facie* é o nível dos direitos em si e ilimitados: Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 101. Similar, afirmando que a amplitude da proteção *prima facie* do direito fundamental é definida pelo agente, não pela norma: Kai Möller, *Proportionality and rights inflation*, London School of Economics and Political Science, Working Paper 17, 2013, p. 10.

Mais do que uma hipótese teórica, isso é um pressuposto axiomático, que só pode ser intuitivamente inferido, não comprovado.<sup>423</sup> Sem essa comprovação, a teoria dos princípios permanece tão misteriosa e intuitiva quanto a teoria dos limites constitucionais imanentes, que ela tanto critica.<sup>424</sup>

Segundo exemplo, que também já foi comentado à exaustão. Se um pintor se instala no meio de uma avenida e se nega a sair desse local por considerar que ali exerce sua liberdade artística, a teoria dos princípios considera que, por estar presente um atributo da ação que, isoladamente considerada, corresponde a uma atividade artística, a proteção constitucional deve incidir e, para que qualquer restrição dessa atividade seja legítima, será necessário utilizar a proporcionalidade e, em último caso, o sopesamento. O fundamento dessa conclusão está na crítica de Jürgen Schwabe à teoria estruturante de Friedrich Müller,<sup>425</sup> pois, diz a crítica, negar proteção constitucional a tal pintor seria sujeitá-lo ao arbítrio do poder estatal.<sup>426</sup>

A teoria dos princípios se apropria dessa crítica e infere a conclusão de que todo direito fundamental, inclusive os garantidos com reserva de regulamentação por lei, têm um suporte fático amplo e são *prima facie*, ou em princípio, protegidos.<sup>427</sup> Mas nem a crítica de Schwabe, nem a conclusão da teoria dos princípios, são justificadas. Dizer, como faz a crítica, que o pintor tem de ser protegido pelo direito de liberdade artística, pois, caso contrário, ele estará sujeito ao arbítrio, é um argumento parcial e não conclusivo. Isso porque a negação da proteção de um direito fundamental não pressupõe a negação de todos os outros. No caso, mesmo que se negue a proteção da alegada atividade artística, a autoridade não pode submeter o pintor ao arbítrio, pois ele, como qualquer pessoa, é titular dos direitos de liberdade e de ir e vir. Mas esse direito, ao contrário da liberdade artística, está sujeito a regulação por lei ou, no caso da ação de uma autoridade de trânsito, a

---

<sup>423</sup> Sustentando que a pressuposição de direitos *a priori* ilimitados é um axioma não comprovado pela teoria dos princípios: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 159.

<sup>424</sup> Criticando a teoria dos limites imanentes, por considerar que ela privilegia valores comunitários em detrimento da liberdade individual e sugerindo que essa teoria seria a base da doutrina nacional socialista: Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 39. De forma similar, afirmando que a teoria dos limites imanentes não oferece um método para apurar os limites entre os direitos, crítica que também se aplicaria à teoria externa: Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 69. Para uma defesa da teoria dos limites imanentes: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 216 e ss.

<sup>425</sup> Cf. Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. Aufl., Berlin, Duncker und Humblot, 1990, p. 73.

<sup>426</sup> Cf. Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 161.

<sup>427</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 285.

regulamentações que impeçam que pessoas dificultem o fluxo de automóveis em uma avenida movimentada.<sup>428</sup> Nisso não há autorização para o exercício arbitrário do poder estatal. Há simplesmente uma forma de proteção diversa do conteúdo do direito fundamental: não a garantia constitucional da liberdade artística, mas a garantia legal do direito de ir e vir protege quem caminhe por uma avenida, desde que o exercício desse direito não impeça a locomoção de outras pessoas.

Saltar, como faz aqui a teoria dos princípios, da negação da incidência da liberdade artística para a pressuposição da necessidade de um suporte fático amplo do direito, é só mais uma suposição teórica desprovida de fundamento dogmático. Na verdade, o fundamento dessa conclusão está na ausência, ou insuficiência, da própria interpretação e delimitação do sentido do ato analisado e dos parâmetros constitucionais que podem incidir sobre ele, o que, aliado à pressuposição teórica que exige a otimização de princípios constitucionais, leva à conclusão de que colisões, sopesamentos e ponderações de direitos fundamentais são inevitáveis.<sup>429</sup>

Disso se pode inferir o problema da tese que afirma que uma única característica da ação, isoladamente considerada, pode determinar a incidência da proteção, ainda que potencial, de uma norma constitucional. Até mesmo a indicação das características que definam uma ação qualquer como protegida é fruto de uma interpretação não só de tal ato, mas também do parâmetro constitucional que pode vir a incidir sobre ela. No caso, para saber se o pintor tem direito à proteção, seja ela potencial ou não, da norma constitucional, é preciso interpretar, não só a norma que garante a liberdade artística, mas também as outras normas constitucionais que podem incidir nesse caso, e também o significado do ato de estar parado, pintando um quadro ou tocando um instrumento musical, no centro do trânsito. Se esse é o motivo estético da obra de arte, o pintor será titular do direito

---

<sup>428</sup> No direito alemão, esse seria um caso de incidência do direito geral de liberdade, garantido pelo art. 2º da Lei Fundamental. No Brasil, o caso seria enquadrado no art. 5º, inciso XV, da Constituição de 1988, que garante a livre locomoção território nacional, nos termos da lei. Em ambos os casos, a proporcionalidade se aplicaria como limite material de excessos da intervenção estatal, o que prescinde de qualquer suposição de um suporte fático amplo ou restrito.

<sup>429</sup> Afirmando que a criação de ponderações decorre não da interpretação, mas sim da ausência ou insuficiência de interpretação dos parâmetros constitucionais e das normas jurídicas controladas: Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 908. Similar, relacionando a proliferação da utilização de princípios e ponderações no direito brasileiro com a comodidade interpretativa oferecida por tais metáforas teóricas: Carlos Ari Vieira Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, in: Ronaldo Porto de Macedo e Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*, São Paulo, Direito GV/Saraiva, 2011, p. 295.

fundamental, não só *prima facie*, mas definitivo.<sup>430</sup> O conteúdo normativo dessa liberdade impede que o Estado interfira, sem apresentar justificativas constitucionais, na concepção ou ideia da obra de arte. Nessa hipótese, a proteção constitucional da liberdade incidirá e exigirá do Estado fundamentos constitucionais para justificar a intervenção no conteúdo protegido.<sup>431</sup> Uma das vias para tanto será comprovar que, ao exercer o direito à liberdade artística, seu titular impede que outras pessoas exercitem direitos igualmente protegidos, sem reserva de lei, pela Constituição. Se é assim, a garantia estatal daquela liberdade se converte em intervenção de direitos de terceiros, o que possibilitará, desde que respeitados os limites impostos pela prova da proporcionalidade, a restrição de uma das liberdades em questão. Para que essa avaliação ocorra, é necessário saber não só porque e qual é o sentido desse exercício do direito fundamental, mas também qual é a finalidade da intervenção estatal. Se, por exemplo, essa restrição tem a finalidade de impedir que o pintor reproduza criticamente as mazelas do ambiente urbano, ela não terá uma finalidade constitucional legítima e terá de ser, só por isso, afastada.<sup>432</sup>

Mas, se o pintor simplesmente quer divulgar seu trabalho e, para isso, não encontrou local mais movimentado ou apropriado do que o centro de uma avenida, onde pode causar polêmica e ser visto por todos os que passam, nesse caso, a proteção constitucional pode ser afastada em razão da necessidade de regular a circulação de automóveis e pessoas, pois, nesse caso, a garantia não incide sobre o conteúdo da obra, mas sobre o interesse de sua divulgação, caso em que o exercício da liberdade é condicionado pela regulamentação legal das liberdades.<sup>433</sup> A teoria dos princípios desconsidera todas essas peculiaridades,

---

<sup>430</sup> Nesse sentido, na jurisprudência: BVerfGE 119, 1 - *Roman Esra*. Para a evolução do sentido histórico da proteção da liberdade artística: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 254 e ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken”, p. 174.

<sup>431</sup> Isso não quer dizer que a liberdade artística seja ilimitada ou absoluta. Nem mesmo que toda e qualquer intervenção nessa atividade seja automaticamente inconstitucional. Quer simplesmente dizer que, nesse caso, o direito de defesa incide e, com isso, exige que toda a intervenção no bem jurídico protegido pela liberdade constitucional seja justificada. Nessa linha: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 163.

<sup>432</sup> A intervenção no ato de criação do conteúdo da obra (*Werkbereich*) só deve ser admitida quando outro direito, igualmente garantido pela Constituição, for afetado pelo exercício da liberdade artística (Cf. Hans Jarass/ Boto Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, p 220). Já a intervenção no direito de propagação ou apresentação da obra (*Wirkbereich*) pode ser limitada por qualquer direito ou interesse constitucionalmente legítimo, mas não necessariamente previsto na Constituição. Nessa linha, na literatura: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 464. Na jurisprudência: BVerfGE 77, 240 (254) - *Herrnburger Bericht*.

<sup>433</sup> Na jurisprudência, apresentando a distinção entre essas esferas de proteção da atividade artística, mas adotando um conceito unitário da liberdade artística, que identifica a esfera da obra como o núcleo do direito e a esfera de divulgação como sua periferia: BVerfGE 30, 173 (189) - *Mephisto*; BVerfGE 67, 213 (224) - *Anachronistischer Zug*. Sustentando que o raciocínio do Tribunal Constitucional é, nesse aspecto, paradoxal, pois, após negar a possibilidade de distinção dessas esferas, ele a reintroduz na análise dos pesos dos direitos

nivela toda forma de ação e exercício dos direitos fundamentais e afirma que, por serem todas elas princípios, que devem ser concebidos como mandamentos de otimização, devem ser ponderadas com os interesses e valores contrapostos. Mas quando essas peculiaridades ressurgem na avaliação dos pesos relativos dos valores em conflito, diz a teoria que aí está a prova de que a proporcionalidade e o sopesamento são os métodos mais seguros, transparentes e racionais para a solução de todos os conflitos jurídicos.<sup>434</sup> Desconsidera, contudo, que a transparência da fundamentação de decisões jurídicas é uma exigência normativa, não uma decorrência deste ou daquele modelo teórico.<sup>435</sup> Racionalidade argumentativa, por outro lado, não é uma qualidade intrínseca de uma técnica ou figura dogmática ou de um modelo teórico.<sup>436</sup> Distinções e análises do significado, ou peso, do parâmetro normativo e da conduta analisada são tão racionais se realizadas na delimitação, ou definição, do conteúdo normativo protegido, quanto no sopesamento. Simplesmente transferir um argumento da primeira etapa da prova da proporcionalidade para a última não traz nenhum ganho para a racionalidade argumentativa.<sup>437</sup>

A diferença entre esses métodos de análise não está na racionalidade argumentativa, mas na possibilidade de um controle dogmático dos pressupostos normativos da decisão. Enquanto a ponderação afasta essa forma de controle, a definição do significado do parâmetro constitucional parte desse pressuposto. Por isso, mesmo que *a priori* não haja diferença no que diz respeito à racionalidade desses procedimentos de fundamentação decisória, suas consequências para o desenvolvimento da racionalidade da ciência e da dogmática jurídicas são opostas. Delimitar e definir parâmetros de decisão quer dizer apresentar critérios que podem ser discutidos, reavaliados, modificados, enfim,

---

fundamentais: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 134. Contra e de acordo com a jurisprudência do Tribunal: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 236.

<sup>434</sup> Nesse sentido: Kahl von Wolfgang, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik” *Der Staat* 43 (2004): 167-202, p. 189 e ss.; Matthias Klatt/Moritz Meister, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, p. 186; Martin Borowski, “Prinzipien als Grundrechtsnormen”, p. 313; Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 370 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 178.

<sup>435</sup> No caso brasileiro, a exigência de transparência, fundamentação e publicidade das decisões judiciais, que pode ser limitada por lei, decorre de norma constitucional (art. 93, IX, CF/1988). No caso alemão, de norma do Código de Processo Civil (ZPO, § 313, (1), 6.).

<sup>436</sup> Com razão, Florian Windisch observou que a racionalidade jurídica desprovida de conteúdo material e de parâmetros de orientação não é nada além de um discurso vazio: Cf. Florian Windisch, “Abwägung: total, formal oder strukturiert?”, p. 63.

<sup>437</sup> Cf. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, p. 207; Phillip Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker?”, p. 51.

substituídos, tudo em função da argumentação jurídica, apresentada não só pela jurisprudência, mas também pela literatura.<sup>438</sup> Centrada na noção de ponderação concreta e na distinção teórica de princípios e regras, a teoria dos princípios, ao contrário, só pode analisar se, nas condições do caso, incidu uma regra ou um princípio e, nesse último caso, qual foi o peso atribuído a cada um dos princípios em colisão. E para distinguir essas hipóteses, a teoria utiliza um critério único e direto: casos claros e evidentes de aplicação da lei são solucionados por subsunção, casos complexos exigem ponderação.<sup>439</sup>

Há nisto uma dupla redução. A primeira, da possibilidade de existirem regras jurídicas complexas, que exigem grande esforço interpretativo para serem aplicadas.<sup>440</sup> A segunda é uma redução do conteúdo normativo dos próprios parâmetros constitucionais, que são analisados, avaliados, interpretados e manipulados unicamente em função de variações de situações fáticas de sua incidência. Com base nessas premissas, o simples fato de o artista querer pintar sua obra no centro de uma cidade já é considerado como o indicativo do exercício da liberdade artística, o que aciona a proteção constitucional, não importa qual seja o sentido do parâmetro que protege tal atividade. Nesse ponto, a força normativa da Constituição sucumbe ao apelo dos fatos e a interpretação do parâmetro é convertida em simples constatação de uma realidade.<sup>441</sup> Mais que redução ao ponto zero, ocorre aqui a negação do caráter normativo e de qualquer possibilidade de construção dogmática, pois, da simples constatação de um fato ou ato se infere a existência de um direito. Só com base nesses pressupostos é possível à teoria dos princípios comparar e ponderar direitos e parâmetros tão diversos quanto a personalidade e a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação e a segurança pública, a liberdade artística e a liberdade de ir e vir. Esses direitos, os contextos de sua criação e sua sistematização constitucional, enfim, sua materialidade e sentido dogmático, foram todos reduzidos a

---

<sup>438</sup> A discussão a respeito dos critérios desenvolvidos pela nova jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca dos limites e conceitos dos direitos à liberdade profissional (BVerfGE 105, 252 - *Glykol*), liberdade religiosa (BVerfGE 105, 279 - *Osho*) ou liberdade de manifestação (BVerfG, NJW 2001, 2459 - *Loveparade*), não nega a necessidade de delimitar o conceito e os limites desses direitos. A polêmica gira em torno dos critérios que devem ser utilizados para isso, o que tem consequências diretas na determinação das possíveis intervenções estatais nesses âmbitos normativos. Nessa linha: Dietrich Murswiek, "Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe", *NVwZ* (2003): 1-8.

<sup>439</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 296. Similar: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 188.

<sup>440</sup> Redução que foi vista como um retrocesso metodológico em: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 77; Id., "Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie", p. 70.

<sup>441</sup> Considerando que a vitória da ponderação representa a superação do nível normativo do direito pelo apelo dos fatos: Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, p. 115.

estruturas e nivelados em seu sentido normativo intrínseco.<sup>442</sup> E como todo o conteúdo dessas garantias constitucionais foi nivelado ao nível dos fatos, elas podem ser comparadas e sopesadas em concreto. Tudo se torna uma questão de quantificação.

Não impressiona que, ao tentar afastar a acusação da irracionalidade da ponderação, a teoria dos princípios tenha procurado refúgio na construção de escalas quantitativas e em comparações concretas.<sup>443</sup> Leve, média ou grave, a intervenção do direito fundamental é então colocada em confronto com o valor concreto de outros princípios.<sup>444</sup> Contudo, mesmo analisando valores e princípios em concreto, a teoria dos princípios não pode abdicar do valor abstrato. Caso contrário, ela teria de admitir que a maximização da satisfação de interesses seria o elemento decisivo da ponderação de direitos, pois, em concreto, a maior quantidade de interesses sempre é mais valiosa que a proteção de só um direito individual.<sup>445</sup> Com isso, a teoria dos princípios se converteria em uma forma racionalizada de utilitarismo.<sup>446</sup> Consequência insuportável para uma teoria que nasceu de uma interpretação e se inspira na obra de Ronald Dworkin.

O remédio para fugir desse paradoxo é letal. Ao introduzir a avaliação de pesos abstratos na ponderação de direitos, a teoria dos princípios não pode mais identificar uma base de comparação comum entre os termos, ou valores, sopesados.<sup>447</sup> Ou os direitos

---

<sup>442</sup> Cf. Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 161.

<sup>443</sup> Para essa crítica, por todos, o multicitado: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 315 e ss. A resposta de Alexy e da teoria dos princípios, dentre outros, em: Robert Alexy, “Constitutional rights, balancing and rationality”, p. 134 e ss.; Carlos Bernal Pulido, “The rationality of balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v, 92, n. 2 (2006): 195-208, p. 200 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, p. 365 e ss.

<sup>444</sup> Sempre utilizando o exemplo do caso *Titanic* (BVerfGE 86, 1) para fundamentar a distinção entre os níveis de gravidade de intervenção e fomento do direito fundamental contraposto: Robert Alexy, “Constitutional rights, Balancing and Rationality”, p. 137. Sustentando que a comparação das alternativas em ponderação ocorre sempre em concreto: Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 180.

<sup>445</sup> Com base nessa observação, Benjamin Rusteberg fala em um desbalanceamento da ponderação (*Disbalance der Abwägung*), pois na oposição do interesse individual contra o interesse de muitos, o último sempre terá maior peso concreto: Cf. Benjamin Rusteberg, “Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum”, p. 20.

<sup>446</sup> Aproximando as noções de ponderação, incomensurabilidade de valores e os modelos teóricos consequencialista e utilitarista: John Finnis, “Commensuration and Public Reason”, in: Ruth Chang, *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997, p. 219; Frederick Schauer, “Commensurability and its constitutional consequences”, *Hastings L. J.* 45 (1994): 785-812, p. 798.

<sup>447</sup> Escalas abstratas de valores, tais quais as propostas por Peter Häberle (Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, p. 31 e ss.), são decisionistas, pois não há uma escala de comparação entre esses valores. Nessa linha: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 130. Similar: Joachim Rückert, “Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs”, p. 921;

fundamentais são, em si mesmos, valores, que, em abstrato, são incomparáveis e incomensuráveis, ou eles são reduzidos a um valor concreto, e sua aplicação gera a possibilidade de comparação.<sup>448</sup> A primeira alternativa torna a teoria dos princípios e a fórmula da ponderação não só irracionais, pois comparam e sopesam valores sem identificar o elemento comum que fundamenta essa comparação, mas também tirânicas, pois valores em colisão, sem um elemento comum de comparação, tendem a se consumir reciprocamente.<sup>449</sup> A segunda opção, por outro lado, que abdica da comparação dos valores abstratos, torna impossível o ranqueamento *prima facie* e abstrato dos valores em comparação. Nessa hipótese, a teoria dos princípios não teria mais condições de afirmar que uma intervenção leve na dignidade humana é ou não mais grave que a intervenção leve na propriedade, pois ambos esses valores são igualmente protegidos pela constituição e ambos teriam o mesmo valor abstrato.<sup>450</sup> Ela seria, nesse sentido, incapaz de explicar por que tribunais, como o Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, tendem a atribuir ao primeiro direito, em sua terminologia, princípio,<sup>451</sup> maior valor, independentemente das

---

Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, p. 173.

<sup>448</sup> A distinção, que se tornou corrente, entre os conceitos de incomensurabilidade e incomparabilidade está vinculada à distinção de duas escalas de valores. Se dois valores podem ser relacionados em uma escala ordinal, que não considere quanto e em que medida um valor é mais valioso que o outro e que se contente em classificá-los como melhor, pior, ou igual, por exemplo, esses valores serão comparáveis. Mesmo assim, se esses valores não podem ser escalonados com base em uma métrica comum que indique quando e em que medida um deles é mais valioso que o outro, esses valores serão incomensuráveis. Para a distinção entre essas escalas de valores: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 131 e ss. Identificando a relação entre as escalas e os conceitos de incomensurabilidade e incomparabilidade: Ruth Chang, “Introduction”, in: Ruth Chang, *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997, p. 2; Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the incommensurable: Constitutional principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 2 (2011): 273-301, p. 283.

<sup>449</sup> Cf. Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, p. 46.

<sup>450</sup> Matthias Klatt e Moritz Meister procuram contornar essa deficiência e, para isso, se apegam à noção de valor abstrato da dignidade (Cf. *The constitutional Structure of Proportionality*, p. 32). Mas não está claro como a noção de peso abstrato pode ser compatível com a noção de comparação concreta de valores. E recorrer, como faz Nils Tifke (*Das Prinzip der Menschenwürde: Zum Abwägungsfähigkeit des Hochstrangigen*, Tübingen, Mohr, 2011, p. 165), à noção de precedência *prima facie* para fundamentar a noção de peso abstrato torna tudo ainda mais confuso, pois o fato de uma norma ter precedência *prima facie*, ou seja, o fato de seu valor ser relativo ou superável, não diz nada sobre o seu maior ou menor valor abstrato. Quando, por sua vez, Laura Clérico afirma que maior peso abstrato está relacionado com o princípio formal de respeito a decisões anteriores de outros tribunais (*El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 225), as dificuldades se agravam, pois, mesmo que a prática decisória de um certo país seja considerada como um princípio formal, esse princípio também terá de ter um peso abstrato, que não se sabe de onde vem. Pior, exigir que o peso abstrato de um princípio dependa da prática constitucional anterior, pressupõe que tenham existido casos em que esse direito, no caso a dignidade, tenha sido restringido ou violado. Paradoxo, pois, para conferir maior proteção aos valores que considera mais importantes na ordem constitucional, a teoria exige que esses mesmos valores sejam negados.

<sup>451</sup> Com base no sistema teórico da teoria dos princípios, é incompreensível pensar que a dignidade seja, ao mesmo tempo, um princípio e uma regra, pois, tal regra seria uma concretização de um princípio de igual



circunstâncias do julgamento.<sup>452</sup> Deficiência fatal para uma teoria que se propõe a descrever racionalmente a jurisprudência constitucional alemã.

Afirmar que a solução desses impasses se encontra nas noções de princípio formal e discricionariedade estrutural, ou epistêmica, só agrava o problema.<sup>453</sup> Primeiro porque, assim como todas essas categorias são criações teóricas, as classificações dos graus de satisfação e não satisfação dos princípios em colisão, que, nesse caso, se aplicariam às restrições recíprocas entre a competência legislativa e direito fundamental, também são criações da teoria dos princípios. Como criações teóricas podem ser multiplicadas e como a Constituição não contém um ponto de apoio para frear esse processo criativo, a amplitude da competência legislativa passa a depender do grau de desenvolvimento dos conceitos e do refinamento das estruturas criadas pela teoria dos princípios. Se hoje são aceitos níveis de satisfação dos princípios leve, médio ou alto, amanhã tais níveis podem ser combinados e refinados e assim por diante, até que a competência legislativa tenda, no limite, a zero.<sup>454</sup>

Segundo porque, a partir do momento em que a competência legislativa é transformada em princípio formal, o sopesamento desse princípio com princípios materiais da Constituição causa o mesmo problema decorrente da ponderação, realizada na modulação temporal de efeitos, entre inconstitucionalidade e segurança jurídica: em ambos os casos, parâmetro constitucional e norma controlada são nivelados e colocados em um mesmo plano, tornando impossível a distinção e o escalonamento de tais níveis normativos. E com isso a própria possibilidade de existência do controle normativo de constitucionalidade é colocada em xeque.<sup>455</sup>

---

conteúdo, que, colidindo com outros princípios, geraria a si mesmo. Similar, apontando essa contradição: Matthias Klatt/ Moritz Meister, *The constitutional Structure of Proportionality*, p. 31.

<sup>452</sup> Identificando esse problema: Kai Möller, “Balancing and the structure of constitutional rights”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 5 (2007): 453-468, p. 466.

<sup>453</sup> Apresentando essas noções: Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht”, p. 16 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 123 e ss.

<sup>454</sup> Cf., nessa linha: Dietrich Murswiek, “Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 61 (2001), p. 168. Observando que, apesar de defender a escala triádica, que distingue os níveis de não satisfação de princípios em leve, médio e grave, Alexy já tem utilizado expressões que indicam a combinação desses critérios: Grégoire Webber, *The negotiable Constitution*, p. 94.

<sup>455</sup> Nesse sentido: Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79, Abs. 3 GG*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 137. De modo similar, afirmando que o Legislador não tem competência para criar normas inconstitucionais: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 226. O contra-argumento de Virgílio Afonso da Silva, quanto a esse ponto, diz que a crítica à teoria dos princípios desconsidera a existência de incertezas decisória e que seria justamente nesses casos incertos que incidiriam os princípios formais (*Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 168; semelhantemente:

Enfim, ao contrário do que pressupõe a tese da colisão entre princípios formais, o fato de os membros do Legislativo serem eleitos pelo voto popular não altera em nada a extensão dos parâmetros de controle de constitucionalidade.<sup>456</sup> Sob o ângulo jurídico, na verdade, toda decisão estatal, seja ela proveniente de representantes eleitos ou não, está sujeita aos mesmos parâmetros de controle de constitucionalidade.<sup>457</sup> E mesmo que tais decisões ocorram em situações de insegurança de interpretação normativa ou epistêmica, tal pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade permanece inalterado. A inclusão dos princípios formais no modelo da teoria dos princípios gera, portanto, simplesmente mais um ponto de tensão e colisão, mas não soluciona o problema da eliminação da discricionariedade legislativa.

Contra essas conclusões, Matthias Klatt e Johannes Schmidt sustentam que abandonar a categoria de princípios formais equivale a negar a possibilidade de conceber a discricionariedade legislativa.<sup>458</sup> Essa observação é correta, mas ela pressupõe a aceitação e a utilização de todo arsenal de conceitos criado pela teoria dos princípios. Nesse ponto, é preciso ter cuidado para não se confundir o modelo teórico com a prática e a dogmática jurídicas. Uma conclusão pode ser lógica e justificável com base em um modelo teórico, mas não ser aceitável prática e dogmaticamente. Justamente o que ocorre aqui. Foi a teoria dos princípios que criou a noção de mandamentos de otimização e, com isso, identificou os atos aplicação e criação do direito, sejam eles judiciais ou legislativos, com a realização

---

Matthias Klatt/ Johannes Schmidt, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2010, p. 62). Parece haver um mal entendido aqui, pois, quando se afirma que a vinculação do Legislador à Constituição e a noção de inconstitucionalidade não podem ser ponderadas, ou seja, não podem ser transmutadas em princípio, seja ele material ou formal, isso quer dizer que, *em nível teórico*, inconstitucionalidade e ponderação são conceitos antagônicos. Não está, de forma alguma, excluída a possibilidade de *em um caso prático* existir incerteza quanto à inconstitucionalidade de uma norma. Mas, uma vez constatada a contradição entre as normas constitucional e infraconstitucional, a nulidade, ou anulabilidade, da norma tem de ser declarada. É justamente em virtude da distinção entre tais níveis teórico e prático que se distingue o vício e a sanção de inconstitucionalidade. Vício é o conflito normativo, que, para ser solucionado, exige um processo de verificação que, por sua vez, culmina na imposição da sanção de inconstitucionalidade. Por isso, o fato de uma norma, que supostamente apresente o vício de inconstitucionalidade, vincular seus destinatários até que esse defeito normativo seja declarado, não altera em nada a conclusão de que o Legislador, que não é destinatário e sim a fonte das normas infraconstitucionais, não tem competência para criar normas que apresentem esse vício. Incorretos, portanto, os contra-argumentos dos defensores da teoria dos princípios. Acerca da distinção entre vício e sanção de inconstitucionalidade, dentre muitos: Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional, Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, 2ª ed., Coimbra Ed., 2006, t. 1, p. 187.

<sup>456</sup> Para a descrição e defesa desse modelo: Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 153 e ss.

<sup>457</sup> Nessa linha, afirmando que a figura do princípio formal não é nada além de um apelo ao *self restraint* judicial: Shu-Perng Hwang, “Verfassungsgeberrechtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?” *AöR* 133 (2008): 606-628, p. 621.

<sup>458</sup> Cf. Matthias Klatt/ Johannes Schmidt, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, p. 63.

desses parâmetros.<sup>459</sup> Prova disso é que, abandonando aquela pressuposição teórica, ou seja, admitindo que os direitos fundamentais são funções jurídicas ativadas quando e na medida em que o Estado interfira em seu conteúdo protegido, os atos do Judiciário e do legislativo voltam a se separar, pois a liberdade do ato de criação do direito é irrestrita até que ela encontre resistência em um parâmetro constitucional específico.<sup>460</sup> A identificação das funções legislativa e judicial é, portanto, um dos produtos da teoria dos princípios e não algo que existe antes e independentemente dela.<sup>461</sup> Se é assim, para sustentar a coerência dessa proposta, seus defensores devem apresentar argumentos e conceitos que justifiquem suas construções, e não dizer que, sem elas, o sistema jurídico perde sentido. Quem, na verdade, está aqui no centro da discussão e pode ter sua coerência interna comprometida não é a dogmática constitucional e sim a própria teoria dos princípios.

A proposta da teoria dos princípios para solucionar esses impasses está na formalização. Reduzidos a letras, notações lógicas, números e incluídos em uma fórmula que relaciona todas essas grandezas, os princípios e os valores jurídicos, sejam eles quais forem, se tornariam comparáveis e ponderáveis.<sup>462</sup> O resultado é a completa desorientação. Não se sabe mais como e por que uma restrição grave do valor concreto da intervenção na propriedade pode superar um fomento leve no direito à vida, pois essas variáveis de intensidade são determinadas em relação aos direitos a que elas se referem e não há, entre elas, uma relação cruzada e anterior à sua inclusão na fórmula do peso.<sup>463</sup>

---

<sup>459</sup> Crítico a esse respeito: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 240.

<sup>460</sup> Cf. Reimer Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, p. 507.

<sup>461</sup> Nesse sentido: Arno Scherzberg, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, p. 176.

<sup>462</sup> É com razão, por isso, que se observa que a fórmula do peso permanece pairando no ar, como se a simples formalização de argumentos em uma fórmula matemática pudesse resolver os problemas argumentativos da teoria dos princípios: Matthias Jestaedt, “The doctrine of Balancing - Strengths and Weaknesses”, p. 164. De modo similar, afirmando que a análise de dilemas morais não é passível de quantificação matemática: Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An assault on human rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3 (2009): 468-493, p. 475.

<sup>463</sup> Nessa linha: Arno Scherzberg, “Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 61 (2001), p. 173; Grégoire Webber, “Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. XXIII, n. 1, (2010): 179-202, p. 195. Inviável, portanto, a proposta de Virgílio Afonso da Silva de buscar na própria classificação dos níveis de satisfação e não satisfação dos princípios em conflito o elemento de comparação, que possibilitaria o sopesamento entre eles (Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the incommensurable”, p. 286 a 291). Tal elemento de comparação tem de ser uma grandeza externa e não variável em função do conflito. A proposta desse autor foi considerar o texto constitucional como tal elemento de comparação. Ocorre que, na perspectiva da teoria dos princípios, não tem sentido recorrer ao critério textual para encontrar esse ponto de apoio. Desde a formulação de seus pressupostos, esse modelo teórico abdicou da referência a esse parâmetro, pois, para ele, normas, princípios e valores morais, são, igualmente, argumentos e princípios válidos, não importa se previstos ou não na Constituição. Fora isso, a teoria dos princípios admite que a norma tem primazia sobre o texto e que, mesmo quando a Constituição silencia, ponderações entre direitos fundamentais podem ser necessárias para solucionar casos de colisão

Mais grave é a situação da comparação entre pesos abstratos e concretos, pois, apesar de essas grandezas serem qualitativamente diversas, elas são colocadas em pé de igualdade na fórmula criada pela teoria dos princípios. Enfim, ao introduzir uma variável que mede a insegurança das premissas das valorações realizadas na fórmula do peso, a teoria dos princípios torna tudo ainda mais confuso, pois a segurança ou insegurança de premissas que guiem ou fundamentem decisões práticas são variáveis que dizem respeito ao processo intelectual que leva às conclusões do julgamento e não se sabe como isso pode ser comparado com valores abstratos ou com intervenções em direitos fundamentais.<sup>464</sup>

Laranjas e maçãs, linhas e pedras, pesos e espaços,<sup>465</sup> expectativas, sentimentos e interesses, enfim, direitos e valores, tudo passou a ser milagrosamente comparado e sopesado pela teoria dos princípios.<sup>466</sup> Tudo isso, afinal, pode ser substituído por uma notação lógica, que, em concreto, tem valor comparável. A teoria dos princípios está lançada a sua própria sorte em um oceano de valores e comparações teóricas que se acumulam e se sobrepõem, como se a repetição do problema levasse a sua solução.<sup>467</sup> Mas,

---

entre direitos fundamentais. O texto constitucional foi, portanto, consumido pela lógica dos princípios e transformado em um argumento, dentre outros, que, na ponderação, pode ser superado até mesmo por argumentos morais. Se é assim, recorrer ao texto constitucional é, para a teoria dos princípios, simplesmente recorrer a um dos valores envolvidos da ponderação, e não há, novamente, o elemento de comparação externo. E com isso, a distinção entre os níveis de satisfação dos diferentes princípios é deixada no vazio, pois ela se refere a valores não necessariamente positivados e ela mesma não tem apoio no direito positivo. Buscando fundamento para sua validade em suas próprias criaturas, a teoria dos princípios se encontra aqui onde sempre esteve: na circularidade de seus próprios argumentos.

<sup>464</sup> Sem perceber essa incongruência e sopesando intervenções em princípios materiais, ou seja, direitos fundamentais, e incertezas epistêmicas: Matthias Klatt/Moritz Meister, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, p. 116 e ss.

<sup>465</sup> A referência a esse respeito está no voto do juiz da Suprema Corte norte-americana Antonio Scalia, para quem, a ponderação de valores constitucionais é algo como “medir se uma linha é mais longa do que uma pedra é pesada” (*Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.*, 486 U.S. 888, 897, 1988).

<sup>466</sup> Crítico, afirmando que a teoria dos princípios pressupõe, mas não comprova, a comensurabilidade e possibilidade de comparação entre os princípios em colisão: Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der Liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr, 2009, p. 13.

<sup>467</sup> Afirmando que a teoria dos princípios acumula estruturas e ponderações sucessivas, umas sobre as outras, como se a criação de uma nova forma de ponderação e uma nova fórmula matemática, que em geral repete os pressupostos e o modelo anterior, fosse solucionar o problema que ela mesmo criou: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 67. O argumento vale para a tentativa de superar os problemas criados pela teoria dos princípios com base na noção de *paridade*, ou igualdade aproximada (Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the incommensurable”, p. 292 e ss.). Como essa nova classe de igualdade simplesmente substitui, pois é mais ampla, a igualdade enquanto identificação de valores, permanece o problema de determinar qual é o grau necessário, ou seja, exigido pelos princípios em conflito. Essa tese simplesmente transfere o problema para outra esfera e também cria mais um nível de ponderação, materializado na *fórmula da paridade*, mas não o soluciona. Nessa linha, crítico quanto à inclusão da noção de paridade no debate acerca da comensurabilidade de valores: Joseph Raz, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 330.

como essas suposições e abstrações passaram a ter consequências práticas, o mar revolto criado por esse turbilhão teórico pode atingir a costa da dogmática. No meio da tempestade, a primeira estrutura dogmática a desabar é a proporcionalidade.

## VI. Caminho da reconstrução e reabilitação da prova

O caminho da reestruturação da proporcionalidade tem início com a redefinição de seus pressupostos e finalidades. Quando o foco da prova é transferido da colisão de valores para a intervenção no âmbito constitucional protegido, não só as condições da aplicação da prova, mas também sua feição e configuração interna, são alteradas. Para que essa mudança seja possível, uma alteração da própria concepção do direito fundamental deve ocorrer. Transformados e tratados como valores de natureza moral, os direitos e sua proteção constitucional passaram a ser, em sua essência, relativos e maleáveis. Com isso, eles têm de incorporar o pressuposto da limitação, seja em seu conteúdo, seja na extensão de seus efeitos. Imanentes ou externas, as concepções das limitações dos direitos fundamentais estão, nesse sentido, sempre relacionadas com o mesmo pressuposto teórico: ilimitados em sua concepção original, para serem aplicados, os valores exigem limitações, que, por sua vez, podem ou decorrer de colisões com outros valores ou ser incorporadas ao seu conteúdo.<sup>468</sup> Opostas em suas formulações teóricas e discordantes quanto ao fundamento da justificação das limitações, as teorias interna e externa se aproximam, portanto, no que diz respeito ao seu pressuposto mais elementar: direitos fundamentais são valores e, por isso, exigem restrições e limitações.<sup>469</sup>

---

<sup>468</sup> As primeiras formulações, encontradas na literatura e jurisprudência constitucional acerca do conceito de limites imanentes dizem respeito à extensão e à função da proteção do direito geral de liberdade, que é garantido pelo artigo 2º, I, da Lei Fundamental. Ampliada com base na identificação de direitos e valores e na presunção da existência de um direito de liberdade, em essência, ilimitado, a proteção conferida por esse dispositivo teve de ser, logo em seu início, relativizada. Para tanto, a tripla limitação contida nesse dispositivo foi também interpretada de forma ampla e terminou por ser identificada com o conjunto da ordem constitucional. Resultado paradoxal, a que chega tal naturalização do conceito de liberdade: a garantia desse direito é ilimitada, mas toda e qualquer lei constitucional é, automaticamente, um de seus limites. E como os limites desse direito estão por toda parte, o bem comum também passou a ser concebido como um de seus limites internos. Não podia ser diferente, pois, da forma como ele é concebido, não há nada mais amplo e não há exterior a esse direito. Nesse sentido, e apresentando as diferentes concepções e o desenvolvimento dessas ideias, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional: Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der einschränkbarkeit vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, p. 101 e ss; Hans-Ingo v. Pollern, “Immanente Grundrechtsschranken - eine Bestandaufnahme”, *JuS* 10 (1977): 644-648.

<sup>469</sup> Defendendo a teoria imanente e considerando que direitos fundamentais são valores comunitários: Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, p. 179. Contrário, defendendo a teoria

Mas, a partir do momento em que esse direito passa a ser concebido como uma função, ou seja, um instrumento jurídico voltado à defesa de seu titular contra intervenções estatais, todas essas oposições desaparecem. Com base nesses pressupostos, o direito fundamental passa a ser considerado como uma categoria jurídica unidimensional. No ponto de contato entre a liberdade e a autoridade, ele cria um dever de fundamentação das ingerências estatais no bem jurídico protegido. Seu conteúdo e extensão são determinados pela interpretação do sentido do parâmetro constitucional, mas isso não quer dizer que tais delimitações conceituais tenham restringido um valor independente e preexistente. Ao contrário, a proteção constitucional incide de forma definitiva, uma vez que se verifique a intervenção no conteúdo da garantia por ela protegido. Limitação, restrição e intervenção incidem não sobre o próprio direito fundamental, e sim sobre o bem jurídico por ele protegido, que, para novamente utilizar a expressão de Isensee, ao contrário do direito fundamental, é uma grandeza multidimensional.<sup>470</sup> Não há nisso uma pressuposição de um estado natural e anterior ao direito, sobre o qual a proteção constitucional incide. Bem jurídico e sua extensão são, eles mesmos, determinados pelo direito e, nessa medida, podem incorporar valores éticos, morais ou culturais. Mas isso só ocorre se e na medida em que tais elementos sejam incorporados, por via legislativa ou pelo trabalho dogmático, ao direito.<sup>471</sup> Sem poder recorrer diretamente à moral ou ao bem comum para justificar limitações de direitos fundamentais, a dogmática é obrigada a voltar a trabalhar com a noção de direito de defesa.

---

externa, mas também considerando que direitos fundamentais são valores, ou princípios: Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 39 e ss.

<sup>470</sup> Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, p. 167. Alertando para os problemas da identificação entre direito fundamental e o bem jurídico por ele protegido: Jörg Ipsen, “Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik”, p. 274; Dietrich Murswiek, “Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe”, p. 3 e ss. No direito brasileiro, com terminologia semelhante, distinguindo entre direito à vida e o objeto desse direito, sem, contudo, retirar consequências dogmáticas dessa distinção: José Afonso da Silva, *Curso de Direito constitucional positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 198; Roberto Dias, *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da Eutanásia*, Belo Horizonte, Forum, 2012, p. 117.

<sup>471</sup> Não se pressupõe aqui, portanto, que as esferas do direito e da moral sejam completamente separadas e incomunicáveis. Elas se comunicam se e na medida em que o direito, autonomamente, incorpore tais valores e os transforme em parâmetros normativos. Dessa forma, em si mesmo e sem um fundamento jurídico específico, um valor moral não pode servir de parâmetro jurídico de avaliação de condutas. Nesse sentido: Ralf Poscher, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, p. 63; Id., “The hand of Midas: When concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate”, *Law and Philosophy Library*, v. 88 (2009): 99-115. Similar: Juan Antônio García Amado, “Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 104 (2012): 53-127, p. 60; H. L. A. Hart, “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (1958): 593-629.

Esse é o primeiro passo da reconstrução da prova da proporcionalidade.<sup>472</sup> Com base nele, não há mais a necessidade de pressupor ou criar hipóteses e casos de colisão e tensão abstrata entre direitos fundamentais. Enquanto funções jurídicas de proteção, eles são dirigidos em paralelo contra o Estado e exigem que toda intervenção estatal seja justificada.<sup>473</sup> E a proporcionalidade é simplesmente um dos instrumentos que servem a esse propósito: aferir se e quando uma intervenção no conteúdo garantido pelo direito fundamental pode ser considerada uma restrição justificada. Decorrência imediata dessa libertação do paradigma teórico das colisões de direitos fundamentais se encontra na reavaliação da função da prova. Ela não visa mais avaliar restrições e limitações recíprocas, decorrentes de choques de princípios, direitos ou valores. As diferentes hipóteses de intervenção estatal, suas extensões e significados, para cada direito fundamental, passam a compor as hipóteses centrais de aplicação da prova.<sup>474</sup>

Com isso, o conteúdo e a função dos testes que compõem a proporcionalidade também são modificados. Não mais a ponderação de valores e princípios em conflito, mas sim o afastamento de intervenções e restrições estatais excessivas, passa a ser o parâmetro e a finalidade de sua utilização.<sup>475</sup> Sua finalidade deixa de ser a busca incessante de ideais

---

<sup>472</sup> Em termos dogmáticos, portanto, a oposição entre teoria interna e externa das limitações dos direitos fundamentais não tem sentido ou maior utilidade prática. Nessa linha, já em 1964: Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, Berlin, Walter de Gruyter, 1968, p. 15. Na literatura recente, no mesmo sentido: Phillip Reimer, "... und Macht zu Jüngern alle Volker?", p. 45.

<sup>473</sup> Sustentando que, em si mesmos, ou seja, enquanto funções jurídicas de proteção ou defesa, os direitos fundamentais são livres de colisão: Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, p. 210; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 199.

<sup>474</sup> Sem a possibilidade de colisão direta, ou seja, sem intermediação de um ato estatal, a própria noção de eficácia contra terceiros dos direitos fundamentais tem de ser repensada, pois não há mais espaço para pressupor que direitos contenham pretensões de aplicação e eficácia generalizantes e, por isso, devem igualmente vincular sujeitos públicos ou privados. Não há, também, a necessidade de admitir que direitos fundamentais tenham duplo caráter normativo, ou seja, que eles sejam direitos subjetivos de seu titular e também valores objetivos. Relações e constelações múltiplas, em que dois ou mais titulares de direitos fundamentais, iguais ou diferentes, sofrem restrições de direitos fundamentais, são, nesse modelo, sempre intermediadas pela ação, ou intervenção, estatal. Então, os particulares voltam a ser considerados exclusivamente como titulares dos direitos fundamentais e deixam de ser os destinatários, ou o polo passivo, dessas proteções. Adotando esse modelo: Jürgen Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, Wilhelm Goldmann, 1971, p. 107 e ss.; Dietrich Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, p. 91 e ss. Crítico a esse respeito: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 417. Contra-crítica, afastando os argumentos de Alexy, que confundem responsabilidade estatal e imputação normativa, em: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 175 e ss.

<sup>475</sup> Os primeiros trabalhos que trataram o tema tinham esse parâmetro em mente. Dentre eles: Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, p. 27; Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 45; Manfred Gentsch, "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", *NJW* (1968): 1600-1607, p. 1604; Peter Wittig, "Zum Standort des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes", p. 817. Recentes, mas com orientação semelhante: Thomas Groß, "Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle der

abstratos como a harmonização ou a otimização de princípios. Ela visa simplesmente aferir se o conteúdo da proteção dos direitos fundamentais contra intervenções foi excessivamente restringido. Enfim, sua aplicação não cria novos direitos nem altera os existentes, pois sua finalidade é anular e afastar excessos e abusos do exercício do poder estatal, não criar estados ideais de distribuições de bens ou direitos.<sup>476</sup>

São dois os efeitos desse realinhamento da prova. Primeiro, no que diz respeito ao processo democrático, a proporcionalidade deixa de ser um mecanismo de intromissão na competência legislativa. Enquanto meio de fundamentação da declaração de invalidade de intervenções estatais em âmbitos protegidos, ela é simplesmente um instrumento de auxílio de defesa da Constituição e não impõe nenhum valor ou ideal ao Legislador. Ao contrário, ao indicar os elementos mínimos e os limites da proteção constitucional dos direitos fundamentais, a proporcionalidade abre caminho para o debate legislativo, pois ela também indica até onde é possível exercer a função de controle jurisdicional de constitucionalidade e onde começa o domínio do debate político. Reconfigurada, a prova passa a ser um instrumento a serviço da democracia e deixa de ser um dos meios, provavelmente o mais eficaz, de dominação judicial do debate democrático.

Tão significativo quanto esse é o efeito dogmático do realinhamento da prova. Antes destinada a relativizar direitos e incorporando a ponderação de princípios e valores, a proporcionalidade foi transformada em um discurso geral, que remete à exigência de fazer justiça no caso concreto. Amplitude extrema, que resultou na disfuncionalidade dogmática da prova. Como tudo tem de ser proporcional, toda questão jurídica passa a ser um caso potencial de aplicação da prova, e, assim, cumprindo seu destino universalizante, a proporcionalidade se identifica com o próprio direito.<sup>477</sup> A situação se altera por completo quando a prova é redirecionada à função de defesa de direitos fundamentais. Quando isso ocorre, seu efeito deixa de ser a flexibilização de valores e passa a ser a estabilização e a orientação de direitos. Esse é o caminho da reconstrução dogmática da proporcionalidade. Finalidade que leva a sua reconstrução.

---

Gesetzgeber”, p. 858; Frank Raue, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?”, *AöR* 131 (2006): 79-116, p. 83.

<sup>476</sup> Nessa linha: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 325. Similar: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 180.

<sup>477</sup> Críticos a esse respeito: Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, p. 39; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 13; Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 905.



Proporcionalidade sem valores ou ponderações. Soa absurdo, pois, com a imersão no modelo dos princípios, tais conceitos foram relacionados a ponto de eles não poderem mais ser pensados separadamente. Mais do que uma naturalização de uma proposta teórica, há nisso a incorporação quase que automática de pressupostos criados e concebidos em situações particulares e específicas. Há também nisso uma inversão metodológica, pois metáforas e figuras de linguagem, como a ponderação, a colisão ou a otimização de direitos, são tratadas como métodos de decisão, quando, na verdade, elas servem simplesmente para ilustrar um procedimento decisório possível, mas não necessário.<sup>478</sup>

Essa é a porta de entrada para que o conflito com o passado, a filosofia dos valores, a transição democrática, o combate ao positivismo, enfim, todos os valores que surgiram na Alemanha da década de cinquenta, ressurgem e renascem, então, no direito brasileiro, cinquenta anos depois. Semelhantes, o pensamento totalizante da teoria dos princípios, a negação das categorias dogmáticas e o formalismo teórico e lógico, que surgiram nas décadas de oitenta e noventa como última tentativa de salvar e racionalizar a jurisprudência alemã de mais de cinquenta anos antes, são assim igualmente naturalizados e tidos como verdades incontestáveis. Isso faz com que se negue a possibilidade de existência de qualquer possibilidade de construção, ou modelo, do teste da proporcionalidade em que, ao invés da ponderação, da formalização e da otimização, a proteção do conteúdo dos direitos fundamentais esteja em seu centro.

Mas, a partir do momento em que essas identificações e naturalizações são desfeitas, passa a ser possível reconstruir e redirecionar tal teste, não só em sua configuração geral, mas também em seu conteúdo e estruturação específicos. É, então, possível pensar em configurações diversas da estrutura da prova para direitos com reservas legais diferenciadas, sobretudo se as finalidades dessas reservas são gerais ou específicas.<sup>479</sup> Quanto ao procedimento de controle, a intensidade e as exigências de sua aplicação podem variar, em função da concreção ou generalidade, entendida também como abstração do parâmetro, do parâmetro de controle, da norma analisada e, enfim, do modo do processo de controle de constitucionalidade em que ela é aplicada. Por fim, se a norma controlada for uma lei ou ato administrativo, a prova terá intensidades e configurações também

---

<sup>478</sup> Nessa linha: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 42.

<sup>479</sup> Nesse sentido, as propostas de: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 590 e ss.; Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 233; Jochen von Bernstorff, “Proportionality without ad hoc balancing”, p. 83 e ss.

específicas.<sup>480</sup> Proporcionalidade será, assim, uma prova com características, sentidos e efeitos diferentes quando aplicada em ações de controle principal ou incidental, quando a norma controlada for um ato administrativo com efeitos específicos ou uma lei com efeitos e finalidades gerais, enfim, quando o parâmetro de controle e sua reserva de restrição forem gerais ou específicos. A construção e análise de todas essas possibilidades é uma tarefa árdua da dogmática constitucional. Sem poder recorrer a generalizações e abstrações, como a otimização ou a ponderação, esse trabalho tem de se voltar para a interpretação do conteúdo normativo e as características de cada direito fundamental, fatores esses que podem variar, conforme as especificidades dos parâmetros normativos e da dogmática de cada país. Um trabalho de anos, senão décadas, que, no Brasil, ainda tem de ser iniciado. Seus fundamentos e as ideias que podem nortear seu desenvolvimento são apresentados nos itens seguintes.

#### **D. Projeto dogmático de reconstrução**

##### **I. Características da prova e seu âmbito de aplicação**

Até esse ponto, a proporcionalidade foi analisada e apresentada em sua origem e desenvolvimento. Inicialmente concebida como uma forma de controle do exercício do poder policial, ela foi transferida para o direito constitucional para, finalmente, se tornar uma categoria tão universal e teórica quanto o próprio direito: *língua franca*, ou categoria jurídica global.<sup>481</sup> O caminho de sua reconstrução dogmática vai no sentido inverso. Nele, a proporcionalidade não é considerada como uma categoria, ou princípio, universal. Ela é vista como uma técnica de controle entre outras, que tem sentido e finalidade específicos:

---

<sup>480</sup> Cf., nessa linha: Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, *JuS* 11 (1983): 850-855, p. 854; p. 514; Julian Rivers, “Proportionality and variable intensity of review”, *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 1 (2006): 174-207.

<sup>481</sup> Descrevendo o processo de universalização da proporcionalidade, desde suas origens no direito policial: Johannes Saurer, “Die Globalisierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat* 51 (2012): 3-33; Christoph Knill/ Florian Becker, “Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union”, *Die Verwaltung* 32 (2003): 447-481. Afirmando que a proporcionalidade é a estrutura geral e universal da avaliação da constitucionalidade de limitações de direitos fundamentais: Madhav Khosla, “Proportionality: An assault on human rights? A reply”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2 (2010): 298-306; Matthias Klatt/ Moritz Meister, “Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on I.CON controversy”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3 (2012): 687-708.

controlar e conter atos estatais que interferem excessivamente na proteção constitucional de direitos fundamentais. Na terminologia de Jürgen Schwabe, ela é um limite jurídico modal, ou material, da atividade estatal interventiva, pois relacionado ao conteúdo do direito fundamental restringido.<sup>482</sup> Instrumento de contenção de intervenções estatais no conteúdo protegido dos direitos fundamentais, a proporcionalidade é, na formulação de Karl August Bettermann, um limite de segundo grau: limite de limites.<sup>483</sup>

Contra tal concepção, Carlos Bernal Pulido afirma que a expressão limite dos limites faz parecer que os direitos fundamentais são, eles mesmos, limites, pelo que a proporcionalidade teria aplicação autônoma em relação a eles. Sustenta ainda que os direitos fundamentais e a proporcionalidade sempre são aplicados em conjunto e que esse teste, ao invés de limitar o poder estatal de restrição de direitos fundamentais, determina o conteúdo desses direitos, sobretudo nos casos duvidosos, em que o âmbito de proteção dos direitos é impreciso.<sup>484</sup> Pensar assim é radicalizar a indeterminação do conteúdo da prova, pois, com base nessa hipótese teórica, a proporcionalidade não é só um parâmetro amplo por meio do qual direitos e valores são ponderados. Ela substitui a função e os efeitos de proteção dos próprios parâmetros constitucionais de proteção e se torna, ela mesma, uma norma de direito fundamental, que têm caráter universal. Falar em direitos fundamentais ou em proporcionalidade é falar, nesse sentido, não só a mesma língua, mas coisas idênticas. E uma vez que se adote essa tese, não se sabe mais para que servem as noções de conteúdo protegido ou suporte fático, como também a própria distinção entre os diferentes direitos fundamentais no texto constitucional perde todo o seu sentido normativo: como todos eles foram reduzidos à proporcionalidade, não há razão para diferenciá-los.

Não há, por outro lado, nada de estranho na distinção das categorias, ou espécies, de limites ao poder de restrição. Direitos fundamentais são, eles mesmos, limites, pois constringem a atividade estatal interventiva a justificar os motivos da intervenção.<sup>485</sup> Isso não quer dizer que toda intervenção no conteúdo protegido seja automaticamente inconstitucional, mas sim que, verificada a existência de uma restrição, se impõe ao Estado

---

<sup>482</sup> Cf. Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 23. Similarmete: Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, p. 229.

<sup>483</sup> Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, p. 18. Atribuindo a autoria da expressão a Bettermann: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 711.

<sup>484</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 531.

<sup>485</sup> Nessa linha, corretamente: Jörn Ipsen, *Staatsrecht II*, p. 48; Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, p. 162; Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, p. 543; Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, p. 163.

o dever de justificar esse exercício de poder. Direitos fundamentais são, portanto, antes de tudo, regras de distribuição de ônus argumentativos entre estado e titulares de direitos fundamentais.<sup>486</sup> Por sua vez, os instrumentos de justificação dos atos estatais restritivos de direitos também são variados. A proibição de restrições individualizadas é uma delas;<sup>487</sup> a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, outra.<sup>488</sup> A proporcionalidade se insere nesse contexto como mais uma técnica de controle de limitações de direitos, entre tantas outras. Ela não se identifica nem substitui a proteção constitucional dos direitos fundamentais; simplesmente a reforça e a ela atribui sentido técnico, exigindo que o poder estatal restritivo não seja executado de forma excessiva.

Essa concepção é confrontada com duas acusações. Pensar que as funções da proporcionalidade se resumem à defesa dos titulares dos direitos fundamentais contra intervenções estatais é, diz a crítica, um anacronismo que desconsidera novas formas de atuação do Estado na distribuição de bens escassos.<sup>489</sup> Fora isso, essa seria uma concepção estranha ao direito brasileiro, pois a Constituição de 1988 prevê não só os direitos e as

---

<sup>486</sup> Cf. nesse sentido: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 197. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 154.

<sup>487</sup> Condição que é prevista no artigo 19, 1, da Lei Fundamental, em que se exige que leis restritivas de direitos fundamentais não devem se dirigir a um caso particular. É o que se convencionou chamar de mandamento de generalidade de leis restritivas. Virgílio Afonso da Silva retira consequências teóricas desse dispositivo. A seu ver, ele conteria um argumento a favor da “teoria dos limites imanentes”, pois o texto diz que a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais deve estar prevista na Constituição (Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei”, p. 610). Essa é uma interpretação bastante polêmica. Isso por duas razões. Primeiro, a impossibilidade de restrições a direitos fundamentais em casos não expressamente disciplinados pela Lei Fundamental decorre da rejeição, pelo poder constituinte, de uma cláusula geral de restrição, que constava no projeto inicial dessa Constituição. O art. 19, 1, da LF não tem relação com esse fato. A esse respeito, com referências históricas: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 123; Friedhelm Hufen, “Entstehung und Entwicklung der Grundrechte”, *NJW* 21 (1999): 1504-1510, p. 1506; Martin Borowski, “Limiting clauses”, *Legisprudence*, v. 1, n. 2 (2007): 197-240, p. 227. Segundo, o sentido e a função do artigo 19, 1, da Lei Fundamental não é impedir a restrição dos direitos fundamentais fora dos casos expressamente disciplinados pela Constituição. Para essa função, a vinculação de todos os órgãos estatais às normas de direitos fundamentais é suficiente. Sendo assim, a norma comentada tem dois sentidos possíveis. Primeiro, ela é uma decorrência da separação de Poderes estatais, pois afasta a possibilidade de o Legislador criar atos normativos concretos e, com isso, atuar em âmbito reservado ao Executivo. Segundo, ela é uma decorrência e um reforço do direito geral de igualdade, pois uma lei específica, ou seja, direcionada a determinadas situações e indivíduos, é uma lei potencialmente discriminatória. Nada disso autoriza a pressuposição de que tal dispositivo seria a fonte da chamada teoria imanente dos limites, que, na verdade, foi uma construção decorrente da interpretação ampliada do artigo 2º, 1, da Lei Fundamental. Para as diferentes funções do art. 19, 1, da LF, ver: Walter Krebs, “Einschränkung und Wesensgehalt von Grundrechten”, in: Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, München, C. H. Beck’sche, 2000, p. 1045.

<sup>488</sup> Disciplinada no artigo 19, 2, da Lei Fundamental. Acerca da relação desse limite absoluto do exercício do poder de restrição com o teste da proporcionalidade: Frank Raue, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?”, p. 93 e ss.

<sup>489</sup> Por muitos, nessa linha: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidade y los Derechos fundamentales*, p. 529. Similar, vinculando a proporcionalidade a noção de direito fundamental objetivo: Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 124 e ss.

liberdades, mas também direitos sociais e coletivos, que passaram, portanto, a ter o mesmo valor e a merecer a mesma tutela conferida aos direitos classificados, em geral com base na obra de Georg Jellinek, como direitos negativos.<sup>490</sup>

Mas nenhuma dessas críticas é convincente. O erro da primeira delas está em confundir um instrumento jurídico com a realidade em que ele é aplicado. Naturalizados, os conceitos e técnicas jurídicas, no caso, os direitos fundamentais e a proporcionalidade, teriam sua concepção alterada em função do ambiente em que eles são aplicados. Proporcionalidade não seria, assim, um conceito e uma técnica, com efeitos normativos variáveis em função do conteúdo do direito protegido. Seu próprio conceito e função seriam variáveis e mutáveis, conforme as circunstâncias, ou ideologias, que circundam sua aplicação. Se e na medida em que tal orientação prospere, não se poderia mais falar em dogmática da proporcionalidade, pois não se saberá mais o que esse teste significa, até que sua aplicação ocorra. A ampliação do âmbito de aplicação da técnica, que passa a se estender, por exemplo, ao controle de direitos prestacionais, vem acompanhada da dissolução de seus contornos e limites dogmáticos.<sup>491</sup> Enfim, convertida em um nome, que se ajusta a qualquer ambiente ou controvérsia, a proporcionalidade perde aquilo que era seu conteúdo fundamental e sua maior virtude: a capacidade de conter excessos de poder. Ao fim e ao cabo, essa é a troca proposta pelos defensores da expansão da aplicação da proporcionalidade: a maior amplitude e extensão da prova da proporcionalidade em troca da redução de sua força vinculante, orientadora e de estabilização.<sup>492</sup>

Mas a proporcionalidade não é um elemento da natureza. Nem contém a solução de todos os problemas jurídicos, sociais e econômicos de um país. Pressupor que ela tenha, ou possa cumprir, tais funções, é justamente o ponto de partida para que ela não tenha função jurídica alguma. Ao contrário, quando contida e controlada em sua função de defesa, a proporcionalidade volta a cumprir um papel relevante, não só na defesa de direitos, mas

---

<sup>490</sup> Explicitamente: Daniel Sarmiento, “Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos”, p. 287 e ss.; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 203 e ss.; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 277 e ss.

<sup>491</sup> Paul Kirschhof, “Gleichmaß und Übermaß”, p. 144. Com referências históricas: Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, p. 20.

<sup>492</sup> Isso ocorre quando instrumentos concebidos para a defesa de direitos são transportados para âmbitos estranhos à sua função original. Nessa linha, criticando a perda de contornos das noções de âmbito de proteção e intervenção decorre da aplicação de tais técnicas em relação a direitos prestacionais: Gertrude Lübke Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, p. 228 e ss. Especificamente, quanto à perda da função dogmática da proporcionalidade quando aplicada no controle da realização de direitos prestacionais: Peter Lerche, “Grundrechtsschranken”, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. V, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, p. 776.

também no desenvolvimento da democracia e na distribuição de recursos na sociedade. Quanto a isso, ela não é um instrumento que diretamente aponte para as soluções dos conflitos democráticos e sociais. Como prova negativa, ou seja, voltada a conter excessos de poder estatal, a proporcionalidade tem dois efeitos, ambos indiretos, sobre questões distributivas. Enquanto instrumento de controle incidente no processo de formação de decisões políticas, a proporcionalidade incide sobre o procedimento decisório, ocorra ele via participação social ou deliberação parlamentar. Exige que alterações ou mudanças dos procedimentos deliberativos preestabelecidos sejam justificadas e que tais medidas sejam as menos drásticas possíveis. Com isso, ela cria condições para que essas questões possam ser debatidas, pois afasta interferências estatais excessivas no processo decisório.<sup>493</sup>

Fora isso, sem pressupor a existência de colisões e ponderações de direitos fundamentais, ela pode conter excessos, por exemplo, de intervenções estatais no domínio econômico, sobretudo quando esse ato seja a fonte de tratamentos desiguais ou discriminatórios. Nesse caso, a proporcionalidade atua como instrumento de controle em conjunto com a igualdade e ambas exigem justificações específicas e diferentes da atuação do Estado na e sobre a economia.<sup>494</sup> Tudo isso ocorre sem qualquer alteração no conceito ou na extensão da aplicação da proporcionalidade: defesa dos direitos fundamentais e de seus titulares contra intervenções estatais.

Quanto à segunda crítica, não há dúvida alguma de que o texto da Constituição brasileira de 1988 prevê um rol extenso e variado de direitos fundamentais, que abarca as funções de defesa, prestação e participação no processo político.<sup>495</sup> Justamente por isso foram criados diferentes instrumentos e procedimentos de judicialização e efetivação de

---

<sup>493</sup> Cf. nesse sentido: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 132.

<sup>494</sup> Nessa linha: Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, p. 465. Sustentando que a proporcionalidade não tem aplicação em relação às dimensões objetiva e institucional dos direitos fundamentais: Andreas von Arnau, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 230.; Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 234; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 852. Similar, quanto ao direito austríaco: Michael Holoubek, “Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas”, p. 66 e ss. Contra, afirmando que a proporcionalidade tem aplicação em todas as áreas do direito e em relação a todas as funções dos direitos fundamentais, pois, na prática a distinção entre intervenção e prestação teria desaparecido: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 157

<sup>495</sup> Para a classificação das diferentes funções e espécies de direitos fundamentais: Hans D. Jarass, *Bausteine einer umfassender Grundrechtsdogmatik*, p. 347 e ss. Para a exposição da evolução histórica dessas funções: Jorge Miranda, *Manual de Direito constitucional*, p. 17 e ss.; Klaus Stern, “Die Idee der Menschen und Grundrechte”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 1, p. 11 e ss.

interesses vinculados às várias espécies de direitos fundamentais.<sup>496</sup> Se é assim, não há razão ou necessidade de estender a aplicação de instrumentos concebidos para a tutela de direitos de defesa, como é o caso da proporcionalidade, para outros campos. Basta utilizar os instrumentos que já existem. Ou seja, quando bem analisada, a crítica à restrição do âmbito de aplicação da proporcionalidade se inverte: ela mesmo demonstra não ser necessário utilizar essa prova em casos que não envolvam a defesa dos titulares de direitos fundamentais contra a intervenção estatal.<sup>497</sup> Tudo isso mostra que a crítica dirigida à função de defesa do teste confunde dois níveis distintos de reflexão, pois da simples constatação da existência de normas que tutelam dimensões diferentes dos direitos fundamentais não se segue, necessariamente, que todos esses direitos tenham de ser tutelados pelos mesmos instrumentos ou técnicas jurídicas. Ao contrário, nivelar todos eles sob o manto de uma só técnica, no caso, a proporcionalidade entendida como mandamento universal, é a real causa da capitulação do texto constitucional de 1988, que explicitamente vinculou diferentes instrumentos jurídicos à efetivação das diversas funções dos direitos fundamentais. Conceber a proporcionalidade como instrumento de defesa não é só, portanto, o primeiro passo no caminho de reestruturação dessa prova. É também a concepção que melhor se ajusta ao texto da Constituição brasileira.

---

<sup>496</sup> Dentre eles, o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A respeito das características e efeitos desses instrumentos de controle de constitucionalidade: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, p. 304 e ss.; Dimitri Dimoulis/ Soraya Lunardi, *Curso de processo constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 117 e ss.; Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 83 e ss.

<sup>497</sup> Chegando a conclusão semelhante, qual seja, de que a importação da função objetiva dos direitos fundamentais para o direito brasileiro é um “empréstimo teórico inadequado”: Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito*, p. 140. Contudo, o argumento utilizado para chegar a essa conclusão, de que, na falta de uma norma, como a que existe na Alemanha, que vincule os três Poderes e seus órgãos aos direitos fundamentais, os particulares também seriam, no caso brasileiro, destinatários das normas de direitos fundamentais, é incorreto. A distinção entre Estado e sociedade e a, consequente, função de defesa dos direitos fundamentais são as premissas que bastam para chegar à conclusão de que os particulares não são, ao contrário do Estado, destinatários dos direitos fundamentais. Corretamente, a esse respeito: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 96. A hipótese do cabimento de *habeas corpus* contra particulares pode gerar dúvidas a esse respeito: não estaria aí a prova de que os direitos fundamentais, no caso, o direito de ir e vir, têm sim eficácia entre os particulares? Contudo, mesmo nesse caso, o particular não é o destinatário do direito fundamental, pois o fundamento da impetração dessa modalidade de *habeas corpus* não é o abuso ou o excesso da intervenção do poder estatal, e sim a ilegalidade da ação do particular que interfere na liberdade de outrem (art. 5º, LXVIII, CF/1988). Se é assim, a ação do Estado de tutelar a liberdade daquele que, sem base legal, tem seu direito de liberdade restringido por outro particular, é simplesmente um caso de aplicação corriqueira, mesmo que por uma via mais célere, da lei. Não há, assim, também aqui, uma hipótese de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para a exposição dos requisitos do *habeas corpus* contra ato de particulares: Ada Pellegrini Grinover/ Antônio Magalhães Gomes Filho/ Antônio Scarance Fernandes, *Recursos no Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 361.

## II. Questões estruturais ou de sistematização

A consequência da universalização da utilização da proporcionalidade é a expansão de seu conteúdo e objetivos. Com a finalidade de harmonizar princípios e valores em colisão, a prova incorpora os conteúdos dos direitos e, no limite, toda a função de criação, desenvolvimento e aplicação do direito passa a se resumir na aferição da proporcionalidade de colisões normativas.<sup>498</sup> Como o sistema jurídico é uma criação intelectual, ou racional, o resultado da expansão do conceito e da utilização da prova aos confins mais distantes do sistema jurídico está na exigência de que a proporcionalidade concentre todas as pretensões de racionalidade argumentativa e decisória que pairam no imaginário jurídico.

Racional e analítica, a prova tem de ser estruturada, analisada e dissecada em mínimos detalhes. Determinar os fins e meios incidentes, saber como e de que forma essas grandezas se relacionam, indicar se meios alternativos, com a mesma ou maior eficiência, estavam à disposição do legislador, aferir, enfim, se entre meio e fim há uma relação de proporcionalidade seriam, nesse sentido, passos distintos mas escalonados de uma estrutura fixa e invariável, voltada a otimizar a racionalidade do processo decisório.<sup>499</sup> Ser proporcional é, nesse sentido, ser racional. Em um modelo dogmático, o pressuposto de todo o desenvolvimento da análise da proporcionalidade é, ao contrário, que a racionalidade argumentativa não pode ser condensada, ou resumida, em uma única técnica, ou metodologia jurídica, em específico. Por isso, esse modelo não tem a pretensão de demonstrar que a proporcionalidade seja o mais racional dos métodos que direcionam a aplicação de normas constitucionais que garantem direitos fundamentais. Para ele, basta comprovar que ela é um instrumento de controle apto a atingir sua finalidade e a cumprir a função a que se destina: a defesa da liberdade e a contenção do exercício arbitrário do

---

<sup>498</sup> Nesse sentido, afirmando que a proporcionalidade é um elemento essencial e indispensável de toda e qualquer ordem jurídica: David Beatty, *The ultimate rule of Law*, p. 163.

<sup>499</sup> Identificando proporcionalidade com o método que, sem indicar a resposta correta para o conflito de princípios, tem o maior grau de racionalidade jurídica possível: Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, p. 771; Jan-Reinard Sieckmann, “Zur Begründung von Abwägungsurteilen”, *Rechtstheorie* 26 (1995): 45-69, p. 46 e ss.; Nils Jansen, “Die Normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht”, Jan-Reinard Sieckmann, *Die prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 39; Matthias Klatt/ Moritz Meister, “Proportionality - a benefit to human rights?”, p. 699; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 102; Id., “Ponderação e objetividade da interpretação constitucional”, p. 370. Similar, mas também considerando ser um instrumento de diálogo institucional: Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*, Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2008, p. 129.



poder estatal.<sup>500</sup> Se, para isso, é necessário criar uma estrutura fixa e invariável da prova, é algo a ser analisado nos próximos itens.

### a. Da racionalidade ao equilíbrio estrutural

Estruturar a proporcionalidade quer dizer apresentar um caminho fixo e invariável do desenvolvimento dos testes que a compõem. Não haveria outra possibilidade de estruturação da prova a não ser aquela que inicia com a avaliação da adequação, ou conexão racional,<sup>501</sup> da medida restritiva com sua finalidade, passa pela necessidade comparativa em relação a meios alternativos e, finalmente, deságua na análise da proporcionalidade em sentido estrito, que pode ser entendida como equivalente à ponderação,<sup>502</sup> como proibição de tratamento desproporcional ou,<sup>503</sup> enfim, como instrumento voltado à proteção de conteúdos mínimos dos direitos.<sup>504</sup> A única variação estrutural possível estaria na inclusão de testes preliminares, nos quais a legitimidade, tanto dos fins perseguidos quanto dos meios empregados, seria avaliada.<sup>505</sup> Teórica e racionalmente estruturado, o procedimento de aplicação do teste da proporcionalidade teria

---

<sup>500</sup> Afirmando que a defesa do indivíduo e da liberdade é a base e o fundamental da proporcionalidade: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 538. De modo semelhante, propondo, tal qual Peter Lerche, a substituição da terminologia *proporcionalidade em sentido estrito* por *proibição de excesso* e reservando o termo *proporcionalidade* para o último passo do teste: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 732.

<sup>501</sup> Na literatura constitucional canadense, utilizando a nomenclatura “conexão racional”, ao invés de adequação: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 817; Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 303. Similar, no que diz respeito ao modelo sul-africano da proporcionalidade, mas analisado o critério da consistência da finalidade e da ausência de conexão racional em conjunto: Niels Petersen, *Proportionality and the inconsturability challenge*, p. 13 e ss.

<sup>502</sup> Por todos, nessa linha: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100.

<sup>503</sup> Explicitamente, negando a necessidade de otimização dos direitos nessa etapa da prova e afirmando que o critério a ser empregado é o da proibição da desproporção (*Missverhältnis*) entre meio e fim: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 457. Similar, falando da avaliação da não desproporção entre intervenção e finalidade: Thomas Reuter, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - das unbekante Wesen”, *JURA* 7 (2009): 511-518, p. 513; Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 556.

<sup>504</sup> Nesse sentido, a conhecida tese de Schlink (*Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 90 e ss.), apresentando tal critério e considerando que ele é preferível ao conceito de núcleo essencial, utilizado pela teoria dos limites imanentes: Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision*, p. 148.

<sup>505</sup> Propondo a inclusão desses passos na proporcionalidade: Bernard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 449. Similar, mas criticando o termo “legitimidade”, por considerar que ele pode levar a pensar que se trata de avaliar a finalidade moral da medida: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 188 e ss. Acerca da utilização desses conceitos no direito comunitário europeu: Johannes Saurer, “Die Globalisierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, p. 9.

poucas, para não dizer nenhuma, variações. Na base da ideia de progressão analítica dos testes que compõem a prova da proporcionalidade está a pressuposição do escalonamento da complexidade das respectivas fases. Mais simples, o critério da adequação teria de ser o primeiro a ser avaliado. Caminhado no sentido da maior complexidade da prova, a necessidade seria um passo intermediário e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito seria o ponto culminante da prova.

De forma inversa, a proporcionalidade poderia ser comparada com um conjunto de filtros: os primeiros, menos exigentes; os últimos, mais.<sup>506</sup> Resulta dessa orientação que as dificuldades e as dúvidas interpretativas acerca da aplicação dos diferentes testes são transferidas para o último passo da prova.<sup>507</sup> Isso faz com que a função prática da adequação tenda a ser nula e sua utilização, inexpressiva e desnecessária.<sup>508</sup> Sem resultados ou sentidos práticos, a adequação tende a ser eliminada ou absorvida pelos outros passos que compõem a proporcionalidade. O meio inadequado, ou seja, aquele que não tem nenhum efeito em relação ao fim perseguido, seria automaticamente um meio desnecessário e excessivo, pois a ausência da ação estatal inadequada é a medida menos gravosa ao direito fundamental afetado.<sup>509</sup>

Enfim, quando a necessidade é concebida como a avaliação, puramente fática,<sup>510</sup> da relação entre meios variáveis e um parâmetro fixo de comparação,<sup>511</sup> toda a análise e interpretação jurídica do caso é transferida para a proporcionalidade em sentido estrito, que, com isso, passa a concentrar as questões mais relevantes e polêmicas da prova. Não admira que, com base nesse modelo, o julgamento de questões controvertidas seja, na prática, diretamente transferido para o último passo da proporcionalidade. Basta identificar

<sup>506</sup> Utilizando a metáfora do afunilamento da prova: Leonardo Martins, “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 (2003): 15-45, p. 20.

<sup>507</sup> Percebendo e criticando essa tendência na jurisprudência constitucional portuguesa: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 748 e ss.

<sup>508</sup> Cf. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 779. Citando o caso da licença de caça com falcões (BVerfGE 55, 158), um dos poucos precedentes em que o Tribunal Constitucional alemão retirou efeitos práticos da adequação: Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, p. 389.

<sup>509</sup> Nessa linha, dentre outros: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 5; Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, p. 76.

<sup>510</sup> Dentre muitos, afirmando que os testes da adequação e necessidade avaliam somente relações entre fatos: Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 453; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 117; Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 307; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 43.

<sup>511</sup> Cf. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 115.

esse último teste com a ponderação para concluir que proporcionalidade, ponderação e sopesamento não são práticas ou conceitos diversos.

Equilibrar a prova da proporcionalidade é uma tarefa que exige então não só a redefinição das funções e da configuração de seus diversos testes, como também a reavaliação da relação estrutural que eles mantêm entre si. Sob o aspecto funcional, é preciso libertar os testes que compõem a proporcionalidade da busca incessante pela realização de um ideal de racionalidade decisória. Técnicas ou métodos de controle de leis e medidas restritivas de direitos, como a proporcionalidade, não carregam em si mesmos a característica ou atributo da argumentação racional. Ao contrário, se por racionalidade decisória se entende a estabilidade, previsibilidade e generalidade das decisões jurídicas, a identificação da proporcionalidade com a ponderação é justamente a negação desses pressupostos.<sup>512</sup> A argumentação jurídica racional é, na verdade, construída pelo trabalho conjunto da teoria, a quem compete esclarecer padrões e modelos argumentativos, e da dogmática, que lida com esses modelos aplicados na prática. Por isso, simplesmente afirmar que a concepção teórica de uma técnica, no caso, a proporcionalidade, concentra todos os requisitos necessários e suficientes para a implementação prática de um ideal de racionalidade, é desconsiderar que a prática e a dogmática jurídicas trabalham com conflitos concretos de interesses e com textos de lei, que, por sua vez, são frutos de compromissos e consensos,<sup>513</sup> não de uma entidade racional abstrata.<sup>514</sup> Disso decorre a necessidade de se atribuir uma finalidade específica e um conteúdo material à prova.<sup>515</sup>

Não mais uma fórmula vazia, e sim um instrumento de defesa das liberdades e contenção do poder estatal, a proporcionalidade tem então sua configuração redefinida. Todos os testes que a compõem devem ser dirigidos a esse mesmo fim e, para isso, cada um deles cumpre uma função específica. A adequação orienta a prova atribuindo sentido

---

<sup>512</sup> A esse respeito, além do exposto no item C.V.a deste trabalho e também cf. Renata Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, p. 215 e ss.

<sup>513</sup> Nessa linha, a descrição dos embates e conflitos de interesses que caracterizam o processo legislativo contemporâneo em: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, p. 131 e ss.

<sup>514</sup> Cf. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, p. 232.

<sup>515</sup> Cf. Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 222; Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, p. 158. Material quer dizer, nesse caso, dirigido a uma finalidade e com objetivos específicos. A proporcionalidade não é, portanto, um princípio formal e sem conteúdo, como quer Lothar Hirschberg (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 77). Ao contrário, é uma função jurídica orientada por critérios normativos, que conduzem toda a prova. Com a perspectiva da teoria dos princípios, também afirmando que a proporcionalidade não é uma prova neutra: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 514.

normativo aos demais testes. Nela se encontra indicada a relação possível entre o meio estabelecido e a finalidade almejada pela intervenção legislativa. Ela é o critério com base no qual se pode determinar se e em que medida a restrição do conteúdo normativo do direito fundamental está relacionada com a finalidade perseguida pelo Estado. Mais do que isso, ela estabelece a amplitude do meio e do fim a serem avaliados na prova, grandezas que limitam os possíveis meios alternativos concorrentes e influenciam na relação, excessiva ou não, entre a limitação da liberdade e a persecução da finalidade estatal. Enfim, conforme a amplitude ou concreção normativa dos dois parâmetros na adequação, os testes subsequentes serão mais ou menos intensos e exigentes na avaliação da intervenção. Adequação não é, portanto, uma simples avaliação fática do grau de fomento da finalidade perseguida.<sup>516</sup> Nesse teste ocorre a valoração e a avaliação jurídicas da relação entre uma finalidade constitucional e o meio instituído para perseguir esse parâmetro. Mas não só o conteúdo, como também as consequências desse teste são normativos, pois com base nele será determinado o grau de dificuldade ou rigidez dos testes subsequentes.

Necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, devem ter sua relação redefinida. Cada uma delas cumpre uma função específica no interior da prova geral da proporcionalidade. A necessidade, avaliando se outras medidas menos restritivas poderiam ser instituídas no lugar da estabelecida pelo Poder público; a proporcionalidade em sentido estrito, indicando se tal medida foi excessiva ou se há uma relação de desproporção entre ela e a finalidade por ela perseguida. Se é assim, será perfeitamente possível que uma medida seja proporcional em sentido estrito, ou melhor, não seja uma intervenção excessiva e desproporcional e, mesmo assim, existam meios menos gravosos à liberdade afetada.<sup>517</sup> Proporcionalidade sem necessidade. Não está excluída a possibilidade de ocorrer a constelação mais conhecida: medida interventiva necessária, ou seja, sem correspondente menos gravoso, mas desproporcional em sentido estrito, por representar uma intervenção excessiva no direito protegido. Necessidade sem proporcionalidade.

---

<sup>516</sup> Nesse sentido, afirmando que a avaliação normativa e jurídica perpassa todos os passos e testes que compõem a proporcionalidade: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 56. Similar: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 736 e ss.

<sup>517</sup> Considerando essa possibilidade admissível e afirmando que necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são testes paralelos, autônomos e independentes que compõem a prova geral da proporcionalidade: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817; Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 8.

Subordinados à orientação e ao sentido normativo fixado pela adequação, necessidade e proporcionalidade são, portanto, testes paralelos, sem que esteja afastada a possibilidade da utilização sucessiva de ambas. Não há, todavia, uma relação teórica, fixa e estrutural. Ao contrário, entre ambos os testes há uma relação dinâmica e variável, em função, sobretudo, da configuração normativa e dogmática do parâmetro de controle em questão. De acordo com tais variáveis normativas, ocorrerão hipóteses em que um desses testes pode ser aplicado e o outro, não. É exatamente o que ocorre nas raras limitações ao direito de igualdade, caso em que a proporcionalidade é aplicável; a necessidade, não.<sup>518</sup> A avaliação das restrições ao direito ao trabalho contém hipótese inversa, pois, nesse caso, pode ocorrer que a prova da proporcionalidade tenha seu término na avaliação da necessidade da medida restritiva, o que ocorre, por exemplo, nas regulações do exercício da atividade profissional que não atinjam a escolha da profissão.<sup>519</sup>

Em todos esses casos, a variação da estrutura do teste ocorre em função da própria configuração normativa do direito restringido. Prova de que a avaliação jurídica do parâmetro constitucional protetivo perpassa toda a configuração da prova da proporcionalidade. Mas também podem ocorrer casos em que o fator determinante da alteração da configuração dos testes seja o órgão que criou a medida interventiva. Medidas concretas, como atos administrativos, vinculadas a parâmetros igualmente concretos, como leis orçamentárias, não oferecem possibilidades alternativas de limitação menos gravosa. Por isso, nesses casos, não há como cogitar a aplicação ou avaliação da necessidade da medida.<sup>520</sup> Contudo, não está descartada a hipótese de esses mesmos atos configurarem restrições excessivas na liberdade dos titulares dos direitos fundamentais, caso em que tais atos serão desproporcionais, sem que se cogite de sua desnecessidade. Mesmo que essa configuração dogmática não realize o ideal da racionalidade ótima, ela confere transparência e funcionalidade aos diversos testes que compõem a proporcionalidade e torna a prova, como um todo, operacional. Evita também a concentração da análise normativa na etapa final da proporcionalidade, pois adequação e necessidade não são mais considerados testes puramente fáticos. Como toda prova e técnica jurídicas, todos esses testes contêm igualmente elementos normativos e de fato. Não só um ou outro. Enfim,

---

<sup>518</sup> A esse respeito, o quanto já foi aqui exposto no item C.III.a e também: Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, p. 153.

<sup>519</sup> Cf. quanto a esse ponto o exposto no item C.III.c e também: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 135 e ss.

<sup>520</sup> Apresentando o problema: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 158 e ss.

afastado da panaceia da ponderação, o modelo transforma a proporcionalidade em sentido estrito em um teste jurídico como os demais, que avalia se e em que medida o ato estatal avança em excesso sobre a liberdade individual. Reequilibrados e redefinidos em suas diferentes funções, os testes que compõem a proporcionalidade incorporam conteúdos e podem ser combinados com outros parâmetros.

## b. Incorporação da legitimidade dos fins e meios

Quando, em 1986, a Suprema Corte canadense julgou *Oakes*,<sup>521</sup> o primeiro critério de avaliação da proporcionalidade da medida restritiva foi a legitimidade,<sup>522</sup> ou importância constitucional, da finalidade perseguida pela autoridade estatal. Desde então, o foco dos comentários e da jurisprudência constitucionais é determinar o sentido e o alcance desse critério. Se e em que medida razões de interesse público, social, econômico, orçamentário podem justificar a intervenção em direitos fundamentais são alguns dos pontos desse debate.<sup>523</sup> O critério e finalidade geral dessa prova é afastar intervenções que tenham objetivos constitucionalmente proibidos. Sob o aspecto estrutural, importa saber se a legitimidade é um critério interno ou prévio à aplicação da proporcionalidade. O problema pode ser percebido quando os critérios e classes de finalidades constitucionalmente proibidas são analisados. Finalidades gerais não legítimas seriam, por exemplo, a violação

---

<sup>521</sup> *R. vs Oakes*, S.C.R. 103 (1986). O caso tratava da inversão do ônus da prova, ou seja, de norma prevendo a presunção de culpabilidade, em processos de acusados por porte de drogas. Para a descrição do julgado: Sujit Choudhry, “So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1”, *Supreme Court Law Review*, v. 34 (2006): 501-535, p. 505.

<sup>522</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins consideram o termo *legitimidade* inconveniente, pois ele daria a entender que esse critério tem em vista valores filosóficos, axiológicos ou sociológicos. Não se trata, dizem os autores, também de um critério material, similar ao encontrado na expressão “legitimidade de governo”. Por isso, propõem substituir o termo *legitimidade* por *licitude* do propósito perseguido e do meio empregado (Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 188). Não parece haver necessidade para tanto. Primeiro porque, se esse critério visa indicar o fator que autoriza a intervenção no direito fundamental, ele se aproxima do conceito de legitimidade governamental, pois ambas as noções indicam o fundamento do exercício do Poder estatal. A diferença está em que, em um caso, esse fundamento é político; noutro, constitucional. Para evitar a confusão entre essas aplicações do conceito de legitimação, basta esclarecer a diferença. Não é necessário trocar a nomenclatura. Segundo, o termo *licitude* também tem problemas, pois o que se avalia na proporcionalidade é a justificação, ou licitude, constitucional de uma intervenção no conteúdo protegido pelo direito fundamental. Dizer que tal medida é lícita ou ilícita é, portanto, o resultado da prova, não um de seus componentes. Por tudo isso, permanece aqui o termo *legitimidade* da intervenção estatal.

<sup>523</sup> A esse respeito, tratando ainda dos critérios desenvolvidos em Israel para a identificação das finalidades que autorizam a limitação de direitos fundamentais: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitation*, p. 265 e ss. Na literatura canadense: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 804.

da dignidade humana,<sup>524</sup> do núcleo essencial dos direitos fundamentais ou da igualdade.<sup>525</sup> Fins ilegítimos do poder de intervenção estão, por sua vez, indicados nos direitos fundamentais com reserva qualificada e nos sem reserva, estes últimos somente admitindo finalidades constitucionais para a restrição.<sup>526</sup> O paradoxo está em que, para concluir que uma norma que contrarie tais parâmetros é inconstitucional, não é preciso utilizar a proporcionalidade. Conclusão particularmente clara no que diz respeito à dignidade, que nem mesmo admite a intervenção estatal em seu conteúdo.<sup>527</sup> Se, nesse caso, toda intervenção é automaticamente uma violação inconstitucional, perquirir se a ação estatal é ou não proporcional é um exercício mental desnecessário.

Os mesmos raciocínio e conclusões valem para a análise dos meios. Basta afirmar que a tortura e a censura são meios constitucionalmente proibidos para se concluir que sua utilização é inadmissível. Não há que se falar em proporcionalidade. Mas o caminho inverso, de afirmar que a legitimação de meios e fins é um critério prévio apartado da proporcionalidade,<sup>528</sup> também não é totalmente satisfatório. Fruto da concepção que separa radicalmente as avaliações e provas fáticas e jurídicas, essa proposta termina por causar a desorientação do teste da proporcionalidade. Sem a avaliação do conteúdo jurídico de fins e meios, as provas que a compõem são deixadas em um vazio normativo, e não se sabe por que e com base em quais parâmetros, depois de terem desaparecido das análises da adequação e necessidade, considerações jurídicas ressurgem na proporcionalidade em sentido estrito. A questão se agrava quando essa linha de raciocínio é estendida para a análise do teste da adequação. Concebido em termos puramente fáticos e formais, esse último teste simplesmente afere se há alguma relação possível entre meios e fins.<sup>529</sup> Afirmar que tal relação não existe significa dizer que não há qualquer fundamento, seja ele fático ou jurídico, para a intervenção. Negar a adequação da medida significa, portanto, concluir que o conflito jurídico que fundamenta a ação estatal é ilusório. Mas não se sabe

---

<sup>524</sup> Nessa linha: Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, p. 465.

<sup>525</sup> Cf. Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1602; Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 549.

<sup>526</sup> Martin Morlok/ Lothar Michael, *Grundrechte*, p. 293.

<sup>527</sup> A esse respeito: Ralf Poscher, “Menschenwürde und Kernbereichsschutz”, *Humboldt Forum Recht*, n. 7 (2010): 90-103, p. 99.

<sup>528</sup> Nesse sentido: André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 780.

<sup>529</sup> Formal quer dizer aqui, para usar as palavras de Rudolf Wendt, um teste “cego” no que diz respeito ao valor jurídico dos direitos em jogo: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 449.

como ou por que se pode falar em proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma ilusão.<sup>530</sup> O resultado dessa argumentação seria a exclusão, não só da legitimidade, mas também da adequação, do interior da proporcionalidade. Ambas poderiam, quando muito, funcionar como critérios prévios, ou de preparação, da prova real, que se limitaria à análise da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio interventivo.<sup>531</sup>

A estrutura da prova tem muito a perder com isso, pois, sem poder recorrer ao elemento comum e unificador identificado pelos testes da legitimidade e adequação, os demais elementos da proporcionalidade se dispersam e passam a constituir provas autônomas. Necessidade e proporcionalidade em sentido estrito seriam, portanto, provas separadas e só acidentalmente sua aplicação seria conjunta. Mais do que isso, sem poder recorrer à análise prévia do significado constitucional dos fins perseguidos e dos meios utilizados pelo Estado, não seria mais possível matizar a intensidade das exigências e dos efeitos das diferentes provas. Tal qual ocorre quando a ponderação é incluída em seu interior, a proporcionalidade se tornaria um parâmetro único e uniforme. Cego em relação ao significado dos direitos e finalidades constitucionais. Enfim, sem um ponto de apoio normativo que indique os sentidos jurídicos do fim e dos meios a ele relacionados, essas categorias caem em um relativismo infinito, pois, assim como toda finalidade também pode ser considerada como um meio para que um fim mais amplo seja atingido, todo meio pode ser visto como uma finalidade de uma medida ainda mais concreta.<sup>532</sup>

A solução desses paradoxos é relacionar a análise dos parâmetros jurídicos que autorizam a intervenção estatal com a avaliação fática do fomento das finalidades perseguidas pelo Estado em um só teste, que direcionará e unificará os demais critérios da proporcionalidade. Esse é o sentido e a finalidade da adequação,<sup>533</sup> que passa então a

---

<sup>530</sup> Nessa linha, afirmando que a ausência da adequação comprova a inexistência do conflito: Denise Réaume, *Limitations on Constitutional rights: The logic of proportionality*, University of Oxford, Working Paper, n. 26 (2009), p. 10. Similar: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 221.

<sup>531</sup> É inconclusivo, portanto, o argumento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para quem é ilógico dizer que uma intervenção é adequada, mas ilegítima (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 193). Realmente, mas isso prova simplesmente que a avaliação da legitimidade da medida deve preceder ou ser concomitante à da adequação. Não que ambas integram a estrutura da proporcionalidade.

<sup>532</sup> Percebendo esse paradoxo: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 17 e ss; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 204. De forma semelhante, no que diz respeito à necessidade de se aferir o sentido normativo das medidas de intervenção para afastar tal relativismo: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 23. Incorreta, portanto, a afirmação de Daniel Sarmento, para quem, a questão da incorporação do teste da legitimidade à estrutura da proporcionalidade “não tem maiores consequências práticas” (Daniel Sarmento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 155).

<sup>533</sup> Nessa linha: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 694; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 49. Os autores, contudo,



congregar os parâmetros normativos, antes restritos à análise da legitimidade de fins e meios, à relação de fato entre a medida estabelecida e a finalidade perseguida. Não que a adequação substitua a análise do conteúdo da norma que garante o direito fundamental. Essa operação interpretativa é anterior à aplicação da própria proporcionalidade. Ela ocorre na definição do conteúdo constitucionalmente protegido. A adequação é simplesmente o elemento dogmático da prova que indica a relação entre o fim constitucional e o meio empregado pelo Estado para alcançá-lo.

Inexistindo a possibilidade de intervenção juridicamente admitida, como ocorre, por exemplo, no caso de intervenções no núcleo essencial dos direitos fundamentais,<sup>534</sup> não há relação dogmática possível entre meios e fins, mesmo que, de fato, exista uma relação de fomento entre os estados inicial, ou seja, anterior à aplicação da medida interventiva, e final. Congregando parâmetros normativos à análise do fomento, a prova indica que o fomento não tem, nesse caso, validade ou sentido jurídico e, por isso, a adequação da medida deve ser negada.<sup>535</sup> Com isso, a adequação passa a ter dois sentidos: um estrutural, outro normativo. No que diz respeito à composição da estrutura da prova, ela é o elemento unificador e o guia dos demais testes. Ela conduz a prova ao refletir as condições normativas dos parâmetros protetivos dos direitos fundamentais, mas também indica a intensidade da aplicação da prova como um todo. Direciona, em dois sentidos. Primeiro, por indicar o sentido da relação estabelecida entre medida interventiva e finalidade. Segundo, porque apresenta as possíveis consequências dessa relação para os demais passos da prova. Para tanto, duas variáveis são relacionadas.

---

diferenciam duas hipóteses de estruturação. Se os fins são proibidos em definitivo, diz ela, eles são elementos externos à proporcionalidade. Quando são proibidos *prima facie*, ocorre o contrário: são princípios integrados à prova. A distinção é surpreendente, pois a autora, na linha da teoria de Alexy, parte do ponto do princípio de que a proporcionalidade é uma técnica de solução de colisões de princípios. Se é assim, não tem sentido afirmar que a finalidade, que é um dos princípios em colisão, é proibida em definitivo, ou seja, tem a estrutura de uma regra.

<sup>534</sup> Isso pressupõe afastar a tese de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é aferido com base na proporcionalidade. Sustentando, com base no texto da Lei Fundamental, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um critério autônomo e absoluto, que não se identifica com a proporcionalidade: Frank Raue, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?”, p. 94; Andreas von Arnould, “Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, p. 277. Na jurisprudência: BVerfGE 115, 118 - *Luftsicherheitsgesetz*.

<sup>535</sup> Semelhante, afirmando que meios ilegítimos são *per se* inadequados: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Bd. III. 2, p. 777. Com razão, para evitar tais paradoxos, Carlos Bernal Pulido distingue entre finalidades imediatas, que são as alterações de fato visadas pelas medidas restritivas, e finalidades mediatas, que correspondem aos parâmetros constitucionais que regem a ação estatal interventiva (Cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 719).

A primeira delas é a generalidade, ou amplitude, de fins e meios. Se uma finalidade geral, o interesse público, por exemplo, é perseguida por uma medida concreta específica, como impedir a manifestação de pensamento de um determinado escritor, o teste da adequação pode ter duas consequências. Se a justificação da intervenção se resume à menção de uma finalidade tão abstrata como o interesse público ou o bem comum, a função da adequação será afastar a intervenção estabelecida. Isso porque, sem a indicação concreta do que tal finalidade significa na situação analisada, qualquer meio poderá ser justificado, pois quanto maior a amplitude e abstração do fim perseguido, menor é a possibilidade de não ser encontrado um meio que o fomenta, ao menos minimamente.<sup>536</sup>

Admitir que uma finalidade geral e abstrata justifique qualquer intervenção no conteúdo protegido dos direitos fundamentais implica não só negar a utilidade da proporcionalidade, que passa a ser uma simples forma de constatar a importância desses fins em relação aos meios estabelecidos. Isso também causa uma inversão na ordem de precedência entre a proteção das liberdades públicas e a atuação do Estado, que, com base em finalidades amplas e indeterminadas,<sup>537</sup> passa a ter o poder de intervenção ilimitado, quando o pressuposto da distinção das esferas estatal e civil é que a liberdade é a regra, a intervenção, a exceção. Se, por outro lado, o fim almejado pelo estado é geral, mas apresenta elementos concretos para a aferição da relação meio-fim, a adequação indicará que esse mesmo fim pode ser atingido por uma grande variedade de medidas alternativas com similar eficácia. Nessas circunstâncias, a adequação serve como elemento guia da continuidade da prova, pois indica a dificuldade de sustentar a necessidade de uma medida específica que busque fundamento em parâmetros tão amplos e indeterminados.<sup>538</sup>

---

<sup>536</sup> Nessa linha: Eberhard Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht, Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Tübingen, Mohr, 1976, p. 96. De forma similar, afirmando que finalidades gerais, sem qualquer indicação de seu conteúdo concreto, não podem justificar as intervenções estatais: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 158; Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 193; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 48. Citando a jurisprudência sul-africana a esse respeito, que também impede a justificação de intervenções com base em finalidades gerais: Niels Petersen, *Proportionality and the inconsturability challenge - some lessons from the south african Constitutional Court*, Public Law & Legal Theory Research paper series, Working Paper n. 13 (2007), p. 8 e ss. Em igual sentido, mas citando a jurisprudência norte-americana: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 245.

<sup>537</sup> Inversão denominada pela literatura constitucional de proibição geral com reserva de liberdade. Críticos a esse respeito e afirmando que a figura da proteção deficiente leva ao mesmo resultado de inverter a ordem de precedência entre liberdade e autoridade: Rainer Wahl/ Johannes Masing, "Schutz durch Eingriff", *JZ* (1990): 553-562, p. 556. Similar, afirmando que tal figura deve ser utilizada em casos excepcionais: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 140.

<sup>538</sup> Cf. Bernhard Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit", p. 450.

Em ambos os casos, a avaliação da adequação de meios e fins é determinada pela segunda variável da prova: os critérios normativos, relacionados ao conteúdo específico de cada norma de direito fundamental. Quanto mais ampla e indeterminada essa proteção constitucional, menor será a exigência de especificidade da ação interventiva e maior será a liberdade de autoconformação da autoridade. Essa variável se apresenta com clareza quando os graus de liberdade do Legislador e da Administração pública são comparados. No primeiro caso, há uma liberdade ampla de conformação, só freada nos pontos específicos de proteção dos direitos fundamentais.<sup>539</sup> O administrador público, ao contrário, está diretamente vinculado às finalidades indicadas em lei e, por isso, seu grau de liberdade de conformação é muito mais restrito.<sup>540</sup> São tais critérios normativos de divisão de competências, que indicam a natureza igualmente normativa do teste da adequação. Finalmente, se uma finalidade geral for perseguida por medidas interventivas igualmente gerais, meios e fins serão potencialmente identificados e, nesse caso, a adequação indicará a impossibilidade de se aplicar a proporcionalidade. O mesmo efeito, mas sob pressupostos inversos, ocorrerá quando finalidade e medida forem igualmente determinados quanto aos seus pressupostos jurídicos e efeitos concretos, caso em que faltará a necessária margem de apreciação para que exista a distinção entre meio e fim.<sup>541</sup>

Em todas essas hipóteses, a adequação funciona ao mesmo tempo como indicativo da inviabilidade da aplicação dos demais testes da proporcionalidade, mas também cumpre a função de filtro, pois afasta fins e meios ilegítimos. Na verdade, em todos esses casos o teste cumpre a mesma função de preservar e manter a integridade da proporcionalidade, pois fins e meios ilegítimos, seja por serem proibidos pela Constituição, seja por serem excessivamente amplos, não podem ser, de forma alguma, relacionados. Ao afastá-los, a adequação cumpre, ao mesmo tempo, sua função normativa de filtro e também preserva a composição da proporcionalidade.

---

<sup>539</sup> Nesse sentido: Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 32; Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 601; Thomas Reuter, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - das unbekannte Wesen”, p. 514 e ss.

<sup>540</sup> Cf. nessa linha: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 543 e ss.; Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 68; Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 184.

<sup>541</sup> Cf. Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 853

### c. Autonomia ou incorporação da razoabilidade

Em sentido geral e objetivo, a razoabilidade é o correlato do próprio direito. Dizer que uma decisão ou dispositivo legal são irrazoáveis significa afirmar que tais normas são injustas e, por isso, antijurídicas.<sup>542</sup> Teoricamente discutível por pressupor a identificação de argumentos e parâmetros de validade e justiça, tal orientação tem pouca ou nenhuma função dogmática, pois sua adoção não traz nenhum ganho analítico e não fornece nenhum parâmetro de orientação adicional para o processo de concretização do direito.<sup>543</sup> Para que a utilização prática da razoabilidade tenha algum sentido específico e não se identifique com a mera constatação da inconstitucionalidade da norma analisada, é necessário então reconstruir esse parâmetro geral de forma a atribuir-lhe uma função técnica e específica. Importante é, sobretudo, identificar seus traços característicos e saber em que e como ela se diferencia da proporcionalidade.

Para tanto, há duas propostas de distinção. Em uma primeira orientação, o teste da razoabilidade visa aferir a arbitrariedade, ou irrazoabilidade, de normas restritivas. Entre os testes da proporcionalidade e da razoabilidade haveria, então, uma distinção conceitual e funcional que leva a uma separação metodológica e estrutural. Razoabilidade seria uma forma de controle de atos normativos menos intensa e não tão complexa quanto a proporcionalidade, pois se restringiria a questionar se a norma restritiva não é razoável, ou melhor, se a finalidade perseguida pelo Estado é irrazoável e ilógica a ponto de se concluir

---

<sup>542</sup> Identificando os precedentes em que tal sentido atécnico da razoabilidade foi utilizado na jurisprudência constitucional: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 87 e ss.

<sup>543</sup> Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso sustenta que razoabilidade e proporcionalidade são conceitos intercambiáveis justamente por abrigarem os mesmos “valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição de atos arbitrários ou caprichosos”. Diz ainda que a linguagem é livre e que “se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos” (Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito constitucional contemporâneo*, p. 258). A tese não tem sentido. Que os parâmetros e técnicas jurídicos visem, *todos eles*, a, em alguma medida, realizar tais finalidades e valores é afirmar o óbvio. O problema é saber exatamente o que significa justiça, racionalidade e rejeição do arbítrio, pois, conforme a técnica ou o parâmetro jurídico adotados, esses conceitos *também* passam a ter sentidos diferentes. Fora isso, sustentar que um dos valores subjacentes e distintivos de uma técnica é o senso comum não é só contraditório, pois implica diminuir seu valor técnico e jurídico, mas também uma banalidade, pois ninguém pode pensar em uma norma, conceito ou parâmetro dogmático completamente desprovido de senso jurídico. Os paradoxos só se agravam quando o autor diz que razoabilidade e proporcionalidade são nomes e que o autor pode adotar a terminologia que bem entender. Quanto a isso, não há dúvida. O problema é saber se tal terminologia tem alguma base empírica, dogmática ou científica, o que não é provado com a simples afirmação da liberdade criativa do autor. Pelas mesmas razões, são imprecisas e não justificadas as observações de Jane Reis Gonçalves Pereira a esse respeito, quando afirma que “o termo razoabilidade é polissêmico, podendo abarcar uma miríade de juízos relacionados ao conceito de justiça material” (Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 317).

que nenhuma pessoa ou autoridade poderia sustentar sua validade ou aplicação.<sup>544</sup> De pronto, são perceptíveis três distinções de tal configuração da razoabilidade em relação à proporcionalidade. Primeiro, a razoabilidade é um critério de controle de atos administrativos em relação a parâmetros e limites legais da atuação de órgãos e entidades públicas. Proporcionalidade, ao contrário, é um critério e uma técnica de controle de atos legislativos e também administrativos.<sup>545</sup> Segundo, se, no caso da razoabilidade, o critério de controle da prova é a deferência à decisão da autoridade democraticamente eleita, na proporcionalidade, o ato normativo avaliado é testado em todos os seus aspectos, pois sua validade se encontra sob suspeita.<sup>546</sup> Terceiro, a consequência estrutural das distinções anteriores reside na menor complexidade do teste da razoabilidade, que contém só um critério de avaliação, que é similar em sua configuração ao teste da adequação, enquanto a proporcionalidade é composta por este e outros dois testes subsequentes, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>547</sup>

Por duas razões, tal critério de distinção é artificial. Primeiro porque, em suas origens, a proporcionalidade também foi concebida como uma técnica de controle unicamente da atividade administrativa. Basta lembrar que, no contexto do direito policial prussiano, até mesmo o pressuposto mais básico do direito constitucional inglês, a supremacia do órgão parlamentar, existia e guiava a aplicação da proporcionalidade.<sup>548</sup> E tal qual a razoabilidade inglesa, tal prova visava anular decisões ou atos administrativos que representassem excessos ou arbitrariedades do exercício do poder estatal de

---

<sup>544</sup> É o chamado critério de *Wednesbury*, criado por decisão da Corte de Apelação inglesa, em caso que tratava da autorização de funcionamento de cinemas aos domingos, sob condição de que crianças menores não seriam admitidas nessas datas (*Associated provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948], 1 KB 223, pp. 228-230).

<sup>545</sup> Distinguindo a razoabilidade da proporcionalidade nesse sentido: Paul Craig, “The nature of Reasonableness Review”, *Current Legal Problems* (2013): 1-37, p. 6.

<sup>546</sup> Cf. Stone Sweet/ Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, p. 148. Nessa linha, aproximando o teste inglês *Wednesbury* e o parâmetro desenvolvido na jurisprudência administrativa francesa, chamado de *erreur manifeste*: Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, “Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee”, *VRÜ* (2011) 32-59, p. 38. Similar: Sophie Boyron, “Proportionality in English Administrative Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2 (1992); 237-264, p. 256.

<sup>547</sup> Por todos, nessa linha: Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 190.

<sup>548</sup> Com a integração do Reino Unido à União Europeia e a internalização de pactos de proteção de direitos humanos, essa situação tende a ser alterada. Disso decorre a discussão acerca da adoção de uma forma de controle que, em alguma medida, se aproxime do teste da proporcionalidade. Na jurisprudência, a esse respeito: *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Daly* [2001] All ER (D) 280. Na literatura: Johannes Saurer, “Die Globalisierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, p. 12.

intervenção.<sup>549</sup> Segundo, de forma semelhante ao que ocorre com a razoabilidade, a aplicação da proporcionalidade também apresenta casos em que a prova é composta por só um teste, que, por sua vez, tem efeitos menos intensos e, por isso, tende a manter a decisão avaliada. Uma vez que se aceite que a proteção deficiente seja uma das faces, ou aplicações, da proporcionalidade, esse seria justamente um desses casos.<sup>550</sup>

Julgamentos envolvendo a intervenção do Estado na atividade econômica ou que envolvam a análise de programas sociais governamentais, nos quais a prova da proporcionalidade seja excepcionalmente aplicada, são exemplos adicionais.<sup>551</sup> Em uma de suas vertentes de aplicação, a prova da constitucionalidade da intervenção estatal no direito geral de igualdade também é um dos casos em que a prova da proporcionalidade se resume a aferir a não arbitrariedade, ou seja, a não adequação, da medida.<sup>552</sup> Enfim, o direito comunitário europeu também apresenta um exemplo de tal modalidade mais restrita, próxima ao modelo da razoabilidade do direito inglês, do teste de proporcionalidade: ao analisar diretivas e regulações comunitárias da atividade econômica, o Tribunal de Justiça da União Europeia aplica uma variante da proporcionalidade que avalia simplesmente se tais medidas são manifestamente inapropriadas.<sup>553</sup> Sem deixar de ser casos de aplicação da proporcionalidade, todos esses testes se aproximam ou se identificam com o teste utilizado na Inglaterra.<sup>554</sup>

---

<sup>549</sup> A esse respeito, ver o item C.I deste trabalho e também: Thomas Groß, “Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle der Gesetzgeber”, p. 858; Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, p. 619.

<sup>550</sup> Cf., com base na jurisprudência constitucional: Hans Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, p. 378.

<sup>551</sup> Nessa linha, citando o caso em que foi julgado o programa de assistência social Hartz IV (BVerfGE 125, 175) como exemplo de contenção da intensidade do controle realizado pelo Tribunal Constitucional em relação a programas dessa natureza: Matthias Klatt/ Johannes Schmidt, “Abwägung unter Unsicherheit”, *AöR* 137 (2012): 545–591, p. 588. Similar, mas analisando a jurisprudência do direito comunitário europeu: Paul Craig, “Proportionality, Rationality and Review”, *New Zealand Law Review* (2010): 265-301, p. 269. No Brasil ocorreu exatamente o inverso, pois ao julgar o plano de assistência social instituído pela LOAS (Art. 20, § 3º, Lei 8.742/93), o Supremo Tribunal Federal aplicou uma variante intensa do teste da proporcionalidade, cuja consequência foi criar a possibilidade de o Governo ser obrigado a aumentar o valor de benefícios concedidos (RE 567.985/MT, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18 de abril de 2013). Tal possibilidade foi expressamente afastada pelo Tribunal Constitucional no julgamento do programa Hartz IV.

<sup>552</sup> Cf. item C.III.a. deste trabalho e, na literatura, por todos: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 559.

<sup>553</sup> A esse respeito, na literatura: Eckhard Pasche, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften”, p. 1039; Tor-Inge Harbo, “The function of the proportionality principle in EU Law”, p. 172.

<sup>554</sup> Isso justifica a visão de Aharon Barak, para quem há “uma semelhança significativa” entre a proporcionalidade e a razoabilidade, pois, a seu ver, ambos os testes tratam da comparação entre benefícios e

É necessário, assim, procurar outro caminho para a distinção de proporcionalidade e razoabilidade. Ele se apresenta quando os conceitos de excesso e suportabilidade são separados. Enquanto parâmetro de contenção de excessos de poder, a proporcionalidade visa conter o poder de intervenção exercido pelo Estado. Já a razoabilidade é vinculada à constatação da insuportabilidade dos efeitos decorrentes da medida interventiva em relação ao sujeito que suporta tais consequências normativas.<sup>555</sup> Não se trata, nesse último caso, de um limite absoluto ou fixo,<sup>556</sup> mas sim de um critério de avaliação distinto, centrado nos efeitos pessoais causados pela medida interventiva. Em outros termos, enquanto no teste da proporcionalidade a intervenção estatal no direito fundamental é avaliada em si mesma, a razoabilidade visa analisar se tal medida pode ou não ser suportada pelo destinatário da norma. Direcionadas ao mesmo fim, qual seja, conter medidas extremas do exercício do poder estatal, razoabilidade e proporcionalidade são, portanto, técnicas fundamentadas em critérios diferentes de avaliação. Mais do que uma diferença de técnicas de controle da atividade estatal distintas, há nessa distinção uma variação de perspectivas de análise.<sup>557</sup>

Um caso já comentado ilustra essa variação de perspectivas. Quando Orozimbo Nonato analisou os efeitos da instituição de um novo tributo sobre o patrimônio do contribuinte que suportava essa elevação da carga tributária, a perspectiva de sua análise não questionava se tal intervenção era ou não excessiva em relação ao direito fundamental restringido. Essa foi a perspectiva do juiz de primeira instância, que julgou o tributo inconstitucional por considerar que ele implicava uma ofensa à liberdade profissional. Em seu voto, Orozimbo Nonato questionou, ao contrário, se a elevação da carga tributária era a causa da situação de penúria apresentada pelo autor da demanda. Uma vez comprovado que tal relação de causa e efeito não existia, a medida foi considerada válida, por estar de

---

custos decorrentes da implementação de limites a direitos constitucionais (Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitation*, p. 378).

<sup>555</sup> Nessa linha, dentre outros: Fritz Ossenbühl, “Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab”, p. 321; Jörg Lücke, “Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit”, p. 770; Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 86 e ss; Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, p. 173.

<sup>556</sup> Dentre outros problemas, um parâmetro fixo de insuportabilidade da medida interventiva se identificaria com a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais. A esse respeito: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 243. Criticando a noção de parâmetro fixo e invariável de suportabilidade, por considerar que a avaliação concreta da intervenção estatal sempre exige a consideração dos valores em conflito: Reiner Dechling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 9 e ss. A relação entre as duas premissas não é necessária, pois o parâmetro utilizado pela técnica pode ser variável, sem que isso implique a consideração de valores que se encontrem em conflito. Nesse sentido, dentre outros: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 229 e ss.

<sup>557</sup> Cf. Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 122.

acordo com o parâmetro da razoabilidade.<sup>558</sup> O caso indica a origem da confusão das duas perspectivas na jurisprudência brasileira. Ligadas e identificadas, proporcionalidade e razoabilidade formaram um só teste, com base no qual se avalia, ao mesmo tempo, se a restrição é suportável ou excessiva. E negar a existência de um desses vícios implica, com base nessa orientação, afastar a possibilidade do segundo. Basta, contudo, perceber que tal comunhão não é necessária e que os testes podem ser avaliados com base em duas perspectivas e duas técnicas totalmente distintas, para se perceber que proporcionalidade e razoabilidade podem ser provas diferentes. Tal distinção traz, por outro lado, um efetivo ganho analítico e prático à análise dos limites da medida estatal interventiva, pois, como demonstra o caso, nem sempre a excessividade da intervenção no direito está acompanhada da insuportabilidade de seus efeitos.<sup>559</sup> E isso também explica por que o Supremo Tribunal Federal insiste em aplicar ambos os testes em conjunto: ao fazer isso, ele indica que a medida estatal restritiva não deve ser excessiva ou insuportável. Sob o ângulo da técnica de controle, isso quer dizer que a restrição normativa deve ser proporcional e razoável.

Uma vez que tal distinção seja aceita, não tem sentido afirmar ou questionar qual dessas técnicas oferece o maior grau de racionalidade argumentativa e o maior grau de segurança decisória.<sup>560</sup> Tal avaliação pressupõe que haja uma medida de comparação

---

<sup>558</sup> RE 18.331/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 21 de setembro de 1951.

<sup>559</sup> O exemplo de Jörg Lücke também ilustra a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Se um empreendedor quer construir um edifício ao custo de oitenta mil euros e a ele é imposta a obrigação de construir um estacionamento no local ao custo de cem mil euros, não é a obrigação, ou medida interventiva em si, que é excessiva, mas sim a relação de seu custo com o valor do empreendimento planejado. Nesse caso, portanto, não é a medida em si que é excessiva. Ela simplesmente torna o empreendimento inviável e é, assim, uma medida insuportável ao seu destinatário (Jörg Lücke, “Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit”, p. 770). Utilizando o mesmo exemplo: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 229. Rainer Dechsling se insurge contra tal exemplo afirmando que ele desconsidera que a proteção ampla dos direitos fundamentais abarca quaisquer situações relacionadas ao exercício do direito afetado. Nesse caso, a proporcionalidade também seria a técnica adequada para avaliar a qualidade de tal situação. Tal argumentação não pode ser aceita, pois, como foi antes dito, a distinção teórica entre suporte fático amplo e restrito não pode ter efeitos dogmáticos diretos e imediatos. Dizer que a proteção do direito fundamental é ampla para disso retirar a conclusão da distinção dogmática entre proporcionalidade e razoabilidade é, portanto, inverter a ordem de premissas que devem guiar a avaliação da aplicação dos direitos fundamentais: não é o pressuposto teórico que determina o sentido da técnica aplicada, mas sim a própria aplicação das técnicas, no caso, proporcionalidade e razoabilidade, que devem ser explicitadas e descritas por hipóteses e argumentações teóricas. E querer que a teoria determine todas as características da prática, até mesmo quando os parâmetros e técnicas de controle normativo são dirigidos a finalidades diversas e cumprem papéis distintos no processo de aferição de validade de atos restritivos de direitos, é o primeiro passo para a uniformização de todo o arsenal de conceitos da dogmática jurídica do que resulta a generalização e a perda dos contornos técnicos da própria técnica aplicada. É, portanto, o primeiro passo para a universalização e a dissolução do sentido dogmático da proporcionalidade.

<sup>560</sup> Questões essas levantadas, dentre outros, por: Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 188 e ss.; e Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 30. Ambos chegam à conclusão de que a proporcionalidade é um critério mais seguro do ponto de vista argumentativo que a razoabilidade.



comum às perspectivas de análise contidas nos testes da proporcionalidade e razoabilidade. Mas, se tal perspectiva de avaliação superior e comum existisse, ela substituiria a função das duas provas e tornaria ambas irrelevantes. Isso não quer dizer, contudo, que elas não possam ser integradas no mesmo procedimento argumentativo. Ao contrário, por estarem ambas ligadas pela finalidade de contenção do poder, elas podem ser aplicadas de forma sucessiva ou alternativa, após a comprovação da adequação da medida restritiva. A razoabilidade se torna então mais um componente da prova da proporcionalidade em sentido amplo e convive, lado a lado, com os testes da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>561</sup>

O fator que diferencia tais componentes da prova geral se encontra na função específica, por cada um deles cumprida, na busca da contenção de abusos no exercício do poder estatal. Separados em suas funções e perspectivas específicas, eles podem ser somados e integrados, em busca da mesma finalidade: a contenção do poder estatal. Enfim, o que antes era uma estrutura fixa e invariável se mostra agora como uma prova com muitas possibilidades e caminhos de análise. Seu único requisito básico de aplicação é a confirmação da adequação da medida. Em sentido processual, essa é a condição de procedibilidade da prova. Mas, uma vez confirmado que a medida interventiva é adequada aos fins buscados pelo legislador, ou administrador, três possibilidades de análise são imediatamente abertas: necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, não obrigatoriamente nessa ordem.

A depender do modo de controle, do parâmetro constitucional avaliado, da medida restritiva e da situação do afetado, tais testes podem ocorrer. Haverá casos, contudo, em que alguns deles são admissíveis, outros não. Medidas legislativas de caráter geral, avaliadas em demandas de controle do modo principal e abstrato, serão, em princípio, incompatíveis com a análise específica da suportabilidade dos efeitos das obrigações criadas pelas normas questionadas.<sup>562</sup> Nessas hipóteses, não será, em regra, admissível a

---

<sup>561</sup> De forma semelhante, integrando a razoabilidade no teste geral da proporcionalidade: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 538; Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 136; Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 126; Fritz Ossenbühl, “Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab”, p. 325. Na jurisprudência: BVerfGE 109, 64 - *Altergrenze für Hebammen*. Comentando tal precedente e a distinção nele apresentada entre proporcionalidade e razoabilidade: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 17 e ss. Crítico quanto à possibilidade de distinguir os testes da proporcionalidade e razoabilidade no sentido aqui apresentado: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 452.

<sup>562</sup> Para uma análise comparativa das diferentes classificações das vias de controle de constitucionalidade: Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 65 e ss. Para uma exposição das características e origens históricas

aplicação do teste da razoabilidade. Se, contudo, da demanda de controle abstrata decorrem consequências concretas e essas são questionadas por quem seja afetado pela medida restritiva, a razoabilidade volta a ser um parâmetro de controle aplicável na avaliação dos efeitos, não mais da lei ou ato normativo em si mesmos, mas da decisão que afere a constitucionalidade da norma questionada.<sup>563</sup> Quando, por outro lado, o modo de controle é incidental e difuso com efeitos concretos,<sup>564</sup> a proporcionalidade em sentido estrito pode ceder espaço à aplicação da razoabilidade, pois, nessa hipótese, a perspectiva de análise poderá ser, mas não necessariamente será, a capacidade de o indivíduo suportar os efeitos dos deveres e obrigações criados pela medida restritiva. Mas, em nenhuma dessas hipóteses haverá a identificação desses testes, que permanecem aptos a avaliar, cada um de sua forma e com suas peculiaridades, a validade e os limites da ação intervertida da autoridade estatal. Dito isso, é possível agora analisar problemas e questões específicas dos demais componentes da proporcionalidade em sentido amplo. É o que se faz a seguir, com a ressalva da análise da razoabilidade, que já foi apresentada neste item.

---

de tais vias de controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, p. 250 e ss; Dimitri Dimoulis/ Soraya Lunardi, *Curso de processo constitucional*, p. 66 e ss.

<sup>563</sup> O Supremo Tribunal Federal tem realizado a análise dos efeitos de decisões declaratórias de constitucionalidade proferidas em demandas de controle principal e abstrato, sobretudo quando o questionamento desses efeitos ocorre em reclamações constitucionais. Na jurisprudência reiterada, nesse sentido: Rel 1132/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 23 de março de 2000. Acerca dos problemas processuais causados por essa admissão: Lucas Catib de Laurentiis, “Efeitos do julgamento e coisa julgada em ações declaratórias de constitucionalidade: ativismo judicial não declarado”, in: José Levi Mello do Amaral Júnior. (Org.), *Estado de direito e ativismo judicial: Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 177-197.

<sup>564</sup> No Brasil, sob o ângulo da competência para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, o sistema é difuso, pois todo órgão investido de jurisdição tem automaticamente competência para sancionar eventuais vícios decorrentes da incompatibilidade com parâmetros constitucionais. Já no que tange ao aspecto modal, ou seja, quando o foco da análise é a modalidade do instrumento processual de controle de constitucionalidade, o sistema brasileiro apresenta duas vias distintas: a incidental e a principal. No primeiro caso, a constitucionalidade é uma questão incidente, ou seja, uma preliminar lógica do julgamento do pedido deduzido em lides concretas. Na segunda hipótese, ela constitui o próprio objeto da ação: a declaração da inconstitucionalidade da norma discutida integra, então, o pedido da demanda. A concentração da competência de controle só existe para a declaração de inconstitucionalidade principal. Todas as hipóteses de controle incidental são de competência difusa. Problemático é o caso do controle de constitucionalidade realizado em representações interventivas, que, para alguns, também é uma via concentrada de controle concreta e incidental (Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 348 e ss.; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 95 e ss.); para outros, é um instrumento de controle político, que, por isso, não pode ser classificado como uma via de fiscalização concentrada (Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, p. 424; Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 40).

### III. Adequação da medida restritiva

#### a. Características e questões da prova

Entendido como primeiro passo de uma prova escalonada e estruturada para, progressivamente, atingir o maior grau de racionalidade argumentativa possível, o teste da adequação tem uma função lateral e secundária na composição geral da proporcionalidade. Com o objetivo de eliminar desvios evidentes na relação entre meio e fim, tal teste afastaria somente as medidas que não têm qualquer potencialidade de fomentar a finalidade visada.<sup>565</sup> Bastaria, assim, que se verificasse uma relação de causa e efeito entre a situação inicial, alterada pela medida legislativa, e a finalidade perseguida pela autoridade que realiza a intervenção, para que o requisito da prova da adequação fosse satisfeito.<sup>566</sup> Buscar ou fomentar, mesmo que parcialmente, tal finalidade, significa assim cumprir o requisito básico do teste da adequação.<sup>567</sup> Para tanto, não importa qual a extensão ou a qualidade dos efeitos da medida em relação à finalidade pretendida. Eles podem ser gerais ou específicos, abstratos ou concretos, previsíveis ou improváveis, de duração efêmera ou duradoura.<sup>568</sup> Em todos esses casos, a medida estatal será adequada. Afinal, a autoridade democraticamente eleita detém a competência para intervir no conteúdo protegido por direitos, o que só poderia ser afastado em situações graves, em que a violação do direito se mostra evidente.<sup>569</sup> Seria também apressado antecipar a análise das consequências que podem ser tiradas do terceiro passo da prova da proporcionalidade em sentido amplo, pois o imperativo de racionalidade argumentativa exigia que a medida

<sup>565</sup> Dentre outros, nessa linha: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 54; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 60; Detlef Merten, “Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, p. 553; Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 68; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 730; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 170; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 74; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 170; Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 156; Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 150.

<sup>566</sup> Com essa observação: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 193.

<sup>567</sup> Cf. na literatura: Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1603; Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 305.

<sup>568</sup> Para os diferentes critérios de aferição da adequação da medida restritiva: Ulrich Zimmerli, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht*, Diss., Universität Bern, 1978, p. 13; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 57.

<sup>569</sup> Nessa linha: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 69.

interventiva fosse analisada em todos os níveis da prova.<sup>570</sup> Adequação é, nesse sentido, uma avaliação puramente fática, desprovida de qualquer parâmetro de orientação jurídico. Fraco, o teste é, dessa forma, colocado no segundo plano, para não dizer no plano zero de eficácia, da prova da proporcionalidade.<sup>571</sup>

Se essa for a orientação a ser seguida, a adequação não tem nenhuma importância dogmática, pois todas as suas funções podem ser substituídas pelos testes seguintes: uma medida inadequada será, automaticamente, uma medida desnecessária, pois o meio que não tem finalidade alguma dificilmente tem alguma necessidade. Até porque vincular o teste da adequação à simples intenção do Legislador ou autoridade pública de alcançar o fim por ele perseguido sem exigir nenhuma comprovação fática e sem apresentar nenhum critério para essa prova, significa abdicar de toda e qualquer efetividade da prova, pois a aprovação de uma norma já traz consigo um propósito, mesmo que indeterminado ou abstrato, de atingir uma finalidade.<sup>572</sup> Para que a estrutura da prova da proporcionalidade seja mais simples e, com isso, inteligível, seria preferível simplesmente eliminar a adequação e questionar, diretamente, se a medida restritiva ao conteúdo do direito fundamental é necessária e proporcional em sentido estrito. Sem contornos específicos ou uma função determinada, a adequação não seria nada além de um passo preparatório e sem efeitos do teste efetivo da proporcionalidade, que se encontra nos testes seguintes. Mas, como foi antes observado, não é essa a orientação aqui defendida. Integrada com a legitimidade de meios e fins, a adequação foi apresentada como um teste preliminar com contornos jurídicos e finalidade dogmaticamente definidos. Resta agora expor quais as características e os efeitos dessa reconfiguração do teste da adequação.

---

<sup>570</sup> Cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 729. Sustentando tal conclusão com base na noção de princípios formais e na competência do legislador para, em princípio, intervir em direitos fundamentais: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 72. Esse argumento é particularmente problemático, pois insere a noção de princípio formal no interior da estrutura da prova da proporcionalidade. Se for assim, não só os direitos, mas os próprios testes que compõem a proporcionalidade seriam relativizados em função da ponderação concreta entre princípios formais ou entre princípios formais e princípios materiais, conforme a variante da tese da teoria dos princípios que se adote. Seria, então, necessário ponderar e, portanto, aplicar o teste da proporcionalidade sobre ele mesmo e assim ao infinito, pois a proporcionalidade de segundo grau, nesse caso utilizada, também seria composta por três testes, dentre eles, a adequação.

<sup>571</sup> A variante “forte” do teste da adequação, que se opõe ao teste “fraco ou débil”, exige que todos os aspectos da finalidade almejada sejam atingidos. Nessa linha, analisando a jurisprudência do Tribunal constitucional espanhol e afirmando que ela se inclina para a aplicação de um teste “forte”: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 725.

<sup>572</sup> Nesse sentido: Artur Wolffers, “Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Bd. 113, n. 7 (1977): 297-313, p. 304; Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, p. 28.

## b. Proposta de reconstrução

Atribuir conteúdo e funcionalidade ao teste da adequação é tarefa que pressupõe a redefinição de sua relação com os demais elementos da prova geral da proporcionalidade. A premissa básica, que guia esse percurso, já foi apresentada em itens anteriores: nenhum dos elementos ou componentes da prova geral da proporcionalidade é, em si mesmo, mais ou menos racional que os outros. Desde que os argumentos e constatações que sustentam a declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva em razão de sua inadequação sejam apresentados com clareza e coerência, é indiferente que se chegue a essa conclusão no primeiro ou no último passo do teste proporcionalidade.<sup>573</sup> Não há sentido, assim, em se defender a liberdade de conformação do Legislador para instituir fins e criar meios que os fomentem, quando, no último estágio da prova, se insere a ponderação de princípios e valores, que potencialmente anula o pressuposto que guiou a aplicação da adequação.

Enquanto instrumento dogmático, a adequação se comporta como toda e qualquer prova jurídica: seu conteúdo e intensidade são determinados pelo conteúdo dos parâmetros normativos e do procedimento nos quais ela é aplicada.<sup>574</sup> A primeira variável que afeta a configuração desse teste é a abstração, ou concreção, da finalidade almejada pela atividade interventiva. Fins amplos e abstratos abrem espaço para que uma grande variedade de meios seja considerada adequada. O contrário ocorre com o fomento de finalidades concretas e determinadas, que impõem a demonstração da relação empírica entre o meio realizado e o fim almejado e, com isso, limitam a gama de medidas adequadas possíveis. A primeira tarefa da adequação é, nesse sentido, filtrar extremos, pois tanto fins completamente amplos, como a busca do bem comum, quanto os excessivamente concretos excluem a possibilidade de aplicação da proporcionalidade.<sup>575</sup> Os primeiros, por inverterem a relação de precedência entre a garantia da liberdade e o exercício do poder.

---

<sup>573</sup> Justamente por isso, Peter Hogg observou que a intensidade atribuída pela jurisprudência canadense ao teste da adequação torna a análise da proporcionalidade em sentido estrito desnecessária: Cf. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 828.

<sup>574</sup> Similarmente: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 62.

<sup>575</sup> Observando que a aplicação da prova da proporcionalidade exige a determinação da finalidade perseguida pela medida restritiva: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 206; Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 189; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 48. Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 193. De maneira similar, sustentando que a abstração de finalidades é a porta de entrada para que arbitrariedades sejam justificadas pela prova: Baak Çali, “Balancing Human Rights?”, p. 265.

Os segundos, porque a determinação completa da finalidade a ser perseguida pelo poder Público faz da atividade normativa um ato de execução de um comando normativo único e vinculante, com conteúdo pré-determinado.<sup>576</sup> Em ambos os casos, a proporcionalidade perde sua função de defesa contra atos excessivos do poder público. Na primeira hipótese, porque não há parâmetros para avaliar a proteção; na segunda, porque o ato vinculado não pode, por definição, ser excessivo. Como autêntico critério normativo, a adequação exige, portanto, que a medida restritiva esteja vinculada a parâmetros e finalidades tão amplas quanto necessário para a aplicação da proporcionalidade, mas não tão específicas a ponto de anular sua função.

Tal distinção tem reflexo direto no plano institucional e na sistemática de controle de constitucionalidade. Vinculados a parâmetros normativos distintos, com diferentes graus de concreção e determinação, Executivo e Legislativo são afetados de forma distinta pelo teste da adequação. A atividade de execução da lei, realizada pelos órgãos que compõem a administração pública, deve prioritariamente visar à realização das finalidades fixadas e definidas em lei.<sup>577</sup> Só excepcionalmente, quando, em razão de afronta ao texto constitucional, a norma infraconstitucional for declarada inconstitucional<sup>578</sup> ou, então, quando a Constituição se dirigir diretamente à atividade realizada pela administração pública, será possível uma vinculação direta entre medidas administrativas e finalidades constitucionais. Não se deve confundir, nesse ponto, a questão da vinculação da atividade administrativa às finalidades legais ou constitucionais com o controle de tal atividade em razão da intervenção no conteúdo de direitos fundamentais. Tanto o Executivo quanto o Legislador estão igualmente vinculados aos direitos fundamentais, que são parâmetros de proteção dos indivíduos contra o exercício do poder estatal. A questão aqui tratada diz respeito ao grau de liberdade que essas instâncias detêm em sua atividade interventiva. E uma vez que a função da lei é especificar e concretizar normas constitucionais, a atividade

---

<sup>576</sup> Afirmando que a aplicação da proporcionalidade pressupõe a multiplicidade de fins e medidas legítimos, que possam ser escolhidos pela autoridade que realiza a intervenção: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 44. Similar, relacionando proporcionalidade e contenção da discricionariedade administrativa: Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 60.

<sup>577</sup> Nesse sentido, afirmando que a Administração pública está proibida de criar direitos ou deveres sem fundamentação legal: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 65.

<sup>578</sup> Para uma avaliação crítica da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas e atos normativos por órgãos integrantes da Administração pública: Lucas Catib De Laurentiis, “Entre lei e constituição: a Administração pública e o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro”, *RDA*, v. 260 (2012): 133-166.

administrativa, que deve executar os parâmetros legais, está em princípio vinculada de forma mais intensa e concreta à finalidade fixada em lei.

Bernhard Schlink generalizou essa conclusão, afirmando que, enquanto o Legislador é livre para escolher o meio que melhor se adéque à finalidade constitucional e pode, portanto, optar entre os graus de fomento que lhe pareçam ser mais adequados, o administrador está *a priori* vinculado ao fim legal e deve realizá-lo em sua completude.<sup>579</sup> Essa não parece ser uma conclusão necessária, pois a legislação pode atribuir ao administrador margens de escolha tanto em relação aos fins quanto ao nível exigido de realização de tais parâmetros. Realmente, esses são âmbitos de ação mais estreitos que o desfrutado pelo Legislador, que pode eleger todo e qualquer fim, desde que não proibido pela Constituição, mas não deixam de ser margens de ação possíveis, sem as quais a própria prova da proporcionalidade perde sentido. De toda forma, quando o administrador indicar que a realização da finalidade por ele elegida é o fundamento e o motivo determinante da intervenção no conteúdo do direito fundamental, ele abdica da margem de ação conferida pela lei e vincula a validade de seus atos ao atingimento, não ao mero fomento, do fim do ato administrativo.

Certo é que, em virtude da maior concreção dos parâmetros legais que vinculam o administrador público, o teste da adequação deve ser aplicado com maior intensidade no controle da atividade administrativa, sem que isso implique a eliminação da margem de discricionariedade do administrador. Nos casos de controle da execução de lei orçamentária, que, em âmbito nacional, é realizado pelo Congresso com o auxílio de Tribunais de Contas, e a fiscalização da execução e universalização de serviços públicos essenciais, por exemplo, a atividade administrativa se encontra diretamente vinculada às finalidades estabelecidas em lei. Não atingir a finalidade exigida pela legislação representa, nesses casos, uma violação da relação entre meio e fim, o que ocasionará a invalidação do ato administrativo em função de sua inadequação.<sup>580</sup>

---

<sup>579</sup> Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 450.

<sup>580</sup> Na dogmática do direito administrativo, convencionou-se chamar esses casos de “violação do princípio da eficiência” em virtude de previsão constitucional de tal “princípio” (art. 37, CF/1988). Um exemplo de tal hipótese de invalidação de normas não adequadas a fomentar a finalidade a que estão vinculadas pode ser encontrado na Lei Geral de Telecomunicações, que, em seu artigo 2º, afirma ser dever do Estado estimular a expansão do uso de redes de telecomunicação. Não se exige, como se percebe, a universalização geral e imediata do serviço. Mas, caso a administração pública não estimule a expansão do serviço, haverá violação da relação de meio e fim. Para aferir o cumprimento desses deveres será, contudo, necessário que o controle exercido por agências fiscalizadoras sobre a expansão e universalização da prestação de serviços públicos essenciais seja guiado por parâmetros objetivos. Tais parâmetros são encontrados nos contratos de concessão

No que diz respeito ao modo de controle, a avaliação da efetividade da relação entre meios e fins apresenta duas peculiaridades. A primeira diz respeito à possibilidade de reavaliação e possível inversão da adequação geral e abstrata de uma norma restritiva. Caberá ao afetado pela medida interventiva comprovar, nesse caso, que, consideradas as peculiaridades de sua situação, a relação de meio e fim, que em abstrato foi considerada válida, não é adequada. A variação ocorre em relação ao nível de concreção exigido para que a medida seja considerada adequada, pois, para que se comprove a validade da medida interventiva em um processo de controle de constitucionalidade concreto e incidental, se exige a comprovação do fomento concreto do fim visado pelo Legislador.<sup>581</sup> Fins gerais que não podem ser especificados como fatores de legitimação da intervenção concreta analisada na demanda incidental são, afinal, fins estranhos a essa discussão, pois, em tal processo de controle, não interessa saber se a norma é válida e legítima em si mesma e em todos os seus sentidos possíveis. O objetivo é, nesse caso, saber se a aplicação concreta da lei é legítima e, para isso, é necessário concretizar o sentido de fins e meios e também saber qual a relação, igualmente concreta e específica, que pode legitimar a intervenção legislativa.<sup>582</sup> Os efeitos da não comprovação da adequação serão, contudo, específicos para o caso julgado e não afetarão a validade geral da norma questionada. Será, portanto, um caso de nulidade parcial sem redução de texto.<sup>583</sup>

Questão relacionada a esta última está na possível limitação das finalidades que podem justificar a intervenção legislativa. Como foi observado, quanto maior a abstração e a generalidade do fim perseguido, menores serão as exigências do teste da adequação, mas, por outro lado, maiores serão as exigências dos testes subsequentes.<sup>584</sup> No limite, quando

---

de serviços públicos. Trabalhando com metas e planos que devem ser obrigatoriamente implementados, os concessionários das atividades concedidas podem intervir em direitos ou liberdades individuais. Caso se comprove, contudo, que tais atos não contribuíram efetivamente ao atingimento da finalidade a que se encontram vinculados, a validade dos atos em questão poderá ser questionada. O resultado disso pode ser a invalidação do ato administrativo questionado ou a imposição de multas ou obrigações de ressarcir danos causados pela atividade pública.

<sup>581</sup> Nessa linha: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 190.

<sup>582</sup> Com argumentação similar, mas no contexto da distinção entre interpretação conforme a Constituição e nulidade parcial sem redução de texto: Hans Paul Prümmer, *Verfassung und Methodik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1977, p. 97; Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 73.

<sup>583</sup> Para as diferentes propostas de distinção entre as técnicas interpretativas de controle, dentre elas, a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto: Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional*, Coimbra Editora, 2005, t. II., p. 251 e ss.

<sup>584</sup> Afirmando que a expansão da generalidade dos fins torna improvável, no limite, impossível, a comprovação da validade das medidas restritivas de direitos fundamentais: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 204. Similar: Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision*, p. 129.



finalidade e medida interventiva são amplas e gerais a ponto de tornarem excepcional o exercício da liberdade, a própria indeterminação da restrição faz a medida que a concretiza ser inválida.<sup>585</sup> Mas há um limite adicional à determinação das possibilidades de fomento que justificam a medida restritiva. Ele se apresenta com a observação de que, muitas vezes, não basta eleger uma finalidade qualquer que justifique a intervenção legislativa. É preciso que tal elemento de justificação tenha, ele mesmo, um sentido prático e dogmático.<sup>586</sup> Caso contrário, o teste da adequação se converte em um exercício de imaginação, em que fantasias criadas pelo autor da medida restritiva são avaliados como argumentos de justificação da intervenção no direito fundamental.

As consequências disso para a proporcionalidade e para o exercício da jurisdição constitucional são desastrosas. Voltado e direcionado à identificação do sentido prático e concreto da prova, o modelo dogmático da proporcionalidade é incompatível com especulações vazias e imaginárias. Introduzir tais elementos no teste da adequação anularia então todo o esforço de reconstrução e realinhamento da proporcionalidade, pois ela se tornaria, novamente, um procedimento argumentativo vazio de conteúdo. A jurisdição constitucional, por seu turno, estaria mais uma vez exposta a especulações e generalizações sem relevância prática ou dogmática. Os juízes constitucionais avaliariam se finalidades irreais podem ser atingidas por graus de fomento igualmente imaginários. Às voltas com tais fantasmas, seus argumentos seriam meras especulações vazias que concebem fins e meios como se estes fossem moinhos de vento.<sup>587</sup>

Combater essas generalizações exige a determinação dos sentidos e fins possíveis que possam servir de parâmetro para a aferição da adequação da medida restritiva. Para tanto, uma proposta é utilizada, em outro contexto, pela jurisprudência italiana. Com base

---

<sup>585</sup> Foi o que ocorreu no julgamento da constitucionalidade do art. 28, §1º, da Lei n. 12.663/2012 (Geral da Copa), dispositivo que condiciona o exercício da liberdade de expressão e do direito de manifestação à defesa da dignidade humana. Envolto no discurso da ponderação e afirmando que não existe direito absoluto, o Supremo Tribunal Federal não viu no julgamento da ação direta que questionava a validade de tal dispositivo que a dignidade humana pode ser interpretada como o ponto de convergência de todos os demais direitos fundamentais e é, portanto, ao mesmo tempo, o direito mais elementar e também o mais abstrato reconhecido pela Constituição. Se é assim, condicionar um direito à defesa da dignidade, que, nesse caso, se torna a justificativa do exercício do Poder público, não é só inverter a ordem de precedência entre liberdade e autoridade. É também anular todo o sentido prático dos direitos restringidos. Assim, mesmo em um contexto de argumentação principiológico, tal dispositivo dificilmente seria compatível com a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para os argumentos que sustentaram a constitucionalidade de tal norma: ADI-MC 5136/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º de julho de 2014.

<sup>586</sup> De maneira similar: Denise Réaume, *Limitations on Constitutional rights*, p. 20.

<sup>587</sup> Nessa linha, afirmando que o tribunal que tenha de considerar todos os sentidos e justificativas de uma norma, não faria nada além de buscar sentidos irreais, como se eles fossem moinhos de vento: Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Mulino, 1984, p. 284.

na noção de direito vivente, os tribunais desse país limitaram os sentidos possíveis de uma lei impugnada em sua constitucionalidade. Só os sentidos aplicados ou potencialmente aplicáveis pelos tribunais que analisam a norma questionada podem ser questionados perante o órgão incumbido de aplicar a sanção de inconstitucionalidade.<sup>588</sup> De forma similar, esse limite dogmático pode ser utilizado para restringir as possíveis finalidades e os respectivos graus de fomento que podem justificar a validade da norma questionada.

Quando e na medida em que tais fins e a relação de fomento deles com os meios restritivos forem considerados fatores de justificação pela jurisprudência dos tribunais, não será mais necessário ao poder público comprovar tal relação entre meios e fins. Ela será uma relação pressuposta, mesmo que os fins e meios utilizados sejam gerais e abstratos.<sup>589</sup> Caso contrário, ou seja, caso tal relação não seja reconhecida pelo direito vivente, ela deverá ser comprovada pelo autor da intervenção. Dessa forma, a autoridade que pretenda justificar a validade de uma medida restritiva terá duas escolhas possíveis: ou procura no direito vivente o sentido da finalidade que possa salvar a medida por ela criada, ou, então, apresenta provas e argumentos concretos que indiquem o fomento efetivo da finalidade perseguida. Uma saída para afastar tal justificação seria comprovar que a relação entre meios e fins reconhecida como válida pelo direito vivente é, ela mesma, inaceitável ou inaplicável. Mas pesa sobre a parte que pretenda afastar tal presunção o ônus de comprovar se e por que o sentido da relação entre meios e fins reconhecida como válida pelos tribunais não deve ser aplicada. O que não é possível admitir é a justificação de medidas restritivas de direitos fundamentais com base em argumentos abstratos e gerais, que não tenham nenhuma relação com o direito praticado pelos tribunais.

Enfim, duas questões. A primeira diz respeito ao critério de identificação da finalidade a ser fomentada pela medida restritiva. Há duas orientações a esse respeito. Compete ao autor da intervenção, diz a primeira linha argumentativa, definir o fim a ser perseguido e, conseqüentemente, o respectivo grau de fomento de tal finalidade.<sup>590</sup> A tese

---

<sup>588</sup> A esse respeito: Karl August Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung*, Heidelberg: Müller, 1986, p. 36; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 406; Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 117 e ss.

<sup>589</sup> Com argumentação similar, aplicada à análise de um precedente do Supremo Tribunal Federal: Guilherme Forma Klafke/ Lucas Catib De Laurentiis, “Interpretação conforme a Constituição do art. 33, §2º da Lei de Drogas: trivialização de um conceito?”, in: Robério Nunes dos Anjos Filho, *STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*, Salvador, Juspodvim, 2013, p. 193-232.

<sup>590</sup> Orientada pela interpretação da intenção do autor da medida restritiva e com fundamento no argumento de que a desconsideração de tal parâmetro de orientação causaria a instabilidade da interpretação das normas constitucionais, a jurisprudência canadense adota essa visão e, com isso, considera inadequadas medidas que

contrária afirma que não importa a intenção original do autor da medida restritiva, pois o critério que deve guiar a interpretação judicial é extraído do conteúdo positivado da norma analisada.<sup>591</sup> Separadas, nenhuma dessas orientações pode guiar o teste da adequação. Primeiro porque a intenção do Legislador, ou do autor da medida restritiva, não contém o poder de, sozinha, determinar o sentido normativo ou a finalidade da norma analisada no processo de controle de constitucionalidade. Segundo, porque desconsiderar a intenção do autor da intervenção normativa possibilita a substituição da função de criação do direito pelo órgão encarregado do controle de sua aplicação.

Correto, portanto, é adotar um teste que combine as duas orientações: tanto a intenção do autor da medida quanto o sentido objetivo da norma controlada guiam a análise do teste da adequação.<sup>592</sup> Dessa forma, os critérios de interpretação do sentido normativo da medida restritiva podem convergir e atuar concomitantemente ou então ter aplicação independente, em função da evidência, ou presença, da intenção original que norteou a medida. A primeira hipótese ocorre se a interpretação objetiva da medida indicar uma finalidade idêntica àquela desejada pelo autor da norma analisada. Nesse caso, os critérios são somados e, reforçados, servem ambos de parâmetro para a avaliação do fomento realizado pela intervenção. Se, por outro lado, os critérios forem divergentes, prevalecerá, tanto quando possível, a intenção original do legislador, que é a fonte originária do sentido da medida restritiva. Com isso, são preservadas as funções de controle e criação do direito, e a prova da proporcionalidade é orientada pelo critério mais seguro de aplicação: a intenção do autor da medida restritiva indica a finalidade perseguida pela intervenção e a relação entre meio e fim. Se, todavia, tal intenção não for clara, seja porque o próprio autor agiu em situação de incerteza ou, então, porque, com o transcorrer

---

não fomentem os fins originariamente almejados pelo Legislador. Na jurisprudência: *R. vs. Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295. A esse respeito, na literatura: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 811.

<sup>591</sup> Critério que prevalece na jurisprudência sul-africana, em que se admite a atualização da intenção original do autor da medida interventiva em função das circunstâncias de sua aplicação. Nessa linha: *Mosenneke vs. The Master*, 2001 (2) SA 18 (CC). Na literatura constitucional, nesse mesmo sentido e afirmando que o sentido histórico da medida legislativa não pode ser, sozinho, o motivo determinante do sentido da norma interpretada: Wolfrang Cremer, “Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke”, *NVwZ* (2004): 668-674, p. 672. No mesmo sentido, mas argumentando que seria um desperdício de energia anular uma norma simplesmente porque ela não se mostra adequada à sua finalidade original: Julian Rivers, “Proportionality and variable intensity of review”, p. 196.

<sup>592</sup> Nessa linha, defendendo a utilização de um teste combinado para a aferição da finalidade e da adequação entre meios e fins: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 298; Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 209. De modo similar, mas com relação à identificação dos limites da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição: Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 133 e ss.

do tempo, tal parâmetro deixou de ser um indicativo seguro do direcionamento da norma controlada, em todas essas situações será necessário recorrer ao sentido objetivo da medida avaliada. Nessa última hipótese, volta a ter relevância a limitação dos sentidos possíveis aplicados pela jurisprudência constante dos tribunais. O órgão de controle deverá, também nesse caso, prestigiar o sentido atribuído à norma pela prática dos tribunais. Caso contrário, ele não será só o guardião da Constituição, mas também o intérprete autêntico de toda a legislação infraconstitucional. Será uma superinstância de controle, que substitui a função de todos os demais órgãos jurisdicionais.<sup>593</sup>

Isso leva à consideração do segundo critério da aferição do sentido da finalidade da ação interventiva: o momento temporal que determina o grau de adequação da medida. Aqui também há duas orientações possíveis. Primeiro, é possível adotar como critério o momento da criação da norma. Se, nesse momento, a medida interventiva podia ser considerada adequada, o teste se dará por satisfeito. Impropriamente denominado pela literatura constitucional de *ex ante*, tal critério se opõe ao critério *ex post*, que, por sua vez, leva em consideração a data do julgamento da medida restritiva para avaliar se a norma controlada é ou não adequada. A depender do critério adotado, o teste da adequação se dirigiria, portanto, à análise dos prognósticos existentes na data da promulgação da lei, ou ato normativo, restritivo do conteúdo protegido dos direitos fundamentais, ou então à data do julgamento da constitucionalidade de tal intervenção. Além de ser teoricamente imprecisa,<sup>594</sup> tal distinção não tem utilidade prática, pois o que importa para o teste da

---

<sup>593</sup> Apontando tal perigo na aplicação descontrolada e sem parâmetros dogmáticos da proporcionalidade: Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 911. No mesmo sentido: Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 183. Na jurisprudência: BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*.

<sup>594</sup> Literalmente *ex ante* significa “antes do evento”. Ocorre que, se o que se analisa é a norma restritiva, o momento de sua criação não pode ser considerado como anterior a ela mesma. Por isso, só a pressuposição de que o momento de aferição da constitucionalidade da norma é o ponto de referência da classificação em questão poderia justificar tal denominação. Contudo, se for assim, não tem sentido dizer, como faz essa mesma classificação, que a avaliação da adequação da medida restritiva com base no momento do julgamento segue o modelo *ex post*, ou seja, “posterior ao evento”, pois, nesse caso, o critério de classificação volta a ser a data da criação da medida restritiva. Problema similar é encontrado na denominação, igualmente problemática, dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade das leis. A esse respeito afirma-se, com frequência, que tal efeito é retroativo, quando, na verdade, ele é prospectivo, pois o ponto de referência é a data da criação da norma inconstitucional. Utilizando a denominação aqui criticada quanto ao momento da avaliação da adequação de medidas ou normas restritivas: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 63; Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 53; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 735; Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 159. Com relação à denominação dos sentidos temporais da decisão de declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, apontando para a incorreção aqui indicada: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 87; Roberto Dias/ Lucas Catib De Laurentiis, “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal - modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade”, p. 210.

adequação não é a data da avaliação da relação entre meio e fim, mas sim a existência ou não de fatos e hipóteses que possam comprovar que a implementação da medida estatal altera a situação anterior, de forma que algum dos aspectos da finalidade perseguida pelo Estado seja realizado.<sup>595</sup> Essa relação objetiva, que pode ser denominada fomento,<sup>596</sup> desde que se tenha em mente que a opinião subjetiva do autor da medida ou a mera potencialidade de atingir a finalidade por ele perseguida não são fatores suficientes para sustentar a adequação da norma questionada, poderá existir no momento da promulgação da lei e deixar de existir durante sua vigência. Nesse caso, negar a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade posterior da medida interventiva é negar vigência à própria Constituição.<sup>597</sup> Mas, ao mesmo tempo, não se pode negar que, na data da promulgação da lei ou ato normativo interventivo, as prognoses que se encontravam à disposição da autoridade eram comprovadas e o ato, constitucional.

A peculiaridade desse caso está na variação dos sentidos dos fundamentos de justificação do meio implementado. Prognoses e hipóteses de realização de finalidades perseguidas pelo Poder público podem, em um momento, ser comprovadas, em outro, não. Para solucionar essa situação, basta considerar que a norma questionada também tem sentidos variáveis em função do tempo e de seus elementos de justificação. Assim, a norma que, ao tempo de sua promulgação era adequada, tem seu sentido e conteúdo alterados quando, no decorrer do tempo, seus elementos de justificação são alterados. E quando de tais mudanças de sentido resulta a conclusão de que a norma questionada não é mais adequada, a sanção de inconstitucionalidade será dirigida à norma existente ao tempo da decisão, que surgiu em algum momento entre a promulgação da medida avaliada e o julgamento de sua constitucionalidade.<sup>598</sup> Não se trata aqui, portanto, de uma decisão de modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas sim da declaração,

---

<sup>595</sup> Cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 193.

<sup>596</sup> Insistindo em denominar tal relação de “fomento”, para, com isso, afastar a visão de que a finalidade tem de ser alcançada em sua totalidade, mas sem especificar o sentido técnico de tal expressão: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 36.

<sup>597</sup> Nessa linha: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 573. Similar, mas argumentando com base no teste da necessidade: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 203. Em sentido contrário, afirmando que alterações posteriores na relação de adequação entre meio e fim não devem ser consideradas no teste: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 64; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 726.

<sup>598</sup> Similarmente, admitindo a declaração de inconstitucionalidade da medida restritiva “a partir do momento em que essa verificação foi ou poderia objetivamente ser feita”: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 740.

pura e simples, da inadequação e invalidade do sentido normativo adquirido pela norma no decorrer de sua vigência.<sup>599</sup> Dito isso, é possível passar à avaliação dos testes subsequentes da prova geral da proporcionalidade.

#### IV. Necessidade da intervenção

##### a. Novas questões terminológicas

Antes de iniciar a análise desse passo da prova geral da proporcionalidade, mais uma questão terminológica. Em meio à miríade de termos, nomes e conceitos que compõem a dogmática dos direitos fundamentais, nem sempre é fácil identificar ideias e nomes, signo e significado. Com a proporcionalidade, seus requisitos e testes, ocorre algo similar. Termos e denominações são alterados e modificados em função do momento, do país e do autor que as utilizam.<sup>600</sup> O resultado é um verdadeiro caos babilônico de expressões,<sup>601</sup> algumas, mesmo diversas, indicando o mesmo conceito, outras idênticas, mas significando conceitos diferentes. Peter Lerche, por exemplo, utilizava o termo *proibição de excesso* para identificar a prova geral da proporcionalidade, sem nela incluir o teste da adequação.

---

<sup>599</sup> Preciso quanto ao ponto e com base na análise da jurisprudência constitucional, Humberto Ávila distingue a modulação temporal do conteúdo e dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, observando ainda, corretamente, que “sob o rótulo maior de ‘modulação de efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade’ pode-se confundir, de um lado, o conteúdo de uma decisão com os seus efeitos e, de outro, pode-se baralhar a modulação dos efeitos temporais *da decisão* declaratória de inconstitucionalidade com a modulação dos efeitos temporais *da própria declaração* de inconstitucionalidade contida na decisão de inconstitucionalidade” (Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito tributário*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 520, grifos no original). Similar, afirmando que a única possibilidade de modulação que se deve admitir no controle incidental de constitucionalidade brasileiro é aquela relacionada ao conteúdo da decisão de inconstitucionalidade, não aos seus efeitos: Roberto Dias/Lucas Catib De Laurentiis, “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal - modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade”, p. 218. Na jurisprudência, tratando hipóteses similares a essas como casos de “inconstitucionalidade progressiva” ou “leis ainda constitucionais”: RE 341.717/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 5 de agosto de 2003; RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19 de maio de 1998.

<sup>600</sup> Dentre as tentativas de indicar a ideia contida nos testes com denominações cada vez mais específicas, são encontrados, na jurisdição constitucional canadense e sul-africana, a conexão racional (*rational connection*), que substitui a adequação e menor dano (*minimal impairment*). Para o uso variado de tal terminologia: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 821.

<sup>601</sup> Falando também em caos terminológico na doutrina e jurisprudência alemãs, que é agravado pelo fato de que, muitas vezes, a mesma expressão do português pode ter dois ou mais correlatos alemães, como: *Verhältnismässigkeit* e *Proportionalität*, que significam, ambos, *proporcionalidade*: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 11. Também se queixando da falta de rigor terminológico nessa área: Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 228.

Com isso, ele pretendia simplesmente salientar que a função da prova era a defesa, não a promoção, de direitos.<sup>602</sup> Manfred Gentz e Peter Wittig adotaram terminologias e pressupostos semelhantes: ambos consideram proporcionalidade e necessidade como testes que compõem a proibição de excesso e a adequação como um teste apartado.<sup>603</sup> Similar, por fim, é a configuração da prova proposta por Klaus Stern: a proibição de excesso é a prova geral, que inclui os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, esta última denominada por ele de razoabilidade.<sup>604</sup> Mas a terminologia oposta também é encontrada. Ou seja, há decisões ou obras que consideram a proporcionalidade como uma prova geral voltada a conter intervenções legislativas, que, por sua vez, é composta pelos testes da adequação, necessidade e proibição de excessos.<sup>605</sup> Nenhuma dessas variações de sentido gera problemas, uma vez que se compreenda o sentido que elas indicam. Todas elas partem do pressuposto de que o teste geral da proporcionalidade é voltado à contenção do poder e, com fundamento nessa ideia orientadora, configuram a prova de forma que esse objetivo seja atingido. Se a troca do termo *proporcionalidade em sentido amplo* por *proibição de excesso* contribui para tal finalidade, seria preferível utilizar esta e não aquela denominação.<sup>606</sup>

Ao contrário, a identificação da proibição de excesso com o último passo da prova geral da proporcionalidade tem a virtude de especificar o parâmetro e a intensidade de controle aplicada nesse teste: não a ponderação ou a otimização de valores ou princípios contrapostos, mas sim a avaliação da desproporcionalidade, ou excesso, da intervenção estatal no conteúdo protegido pelo direito fundamental.<sup>607</sup> Por isso, se o uso dos termos

---

<sup>602</sup> Cf. Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 19 e ss.; corretamente, identificando essa peculiaridade do pensamento de tal autor: Leonardo Martins, “A proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade”, p. 20.

<sup>603</sup> Nessa linha: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817; Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1604.

<sup>604</sup> Cf. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Bd. III. 2, p. 775. Nesse sentido, mas incluindo a razoabilidade ao lado da proporcionalidade em sentido estrito: Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht*, p. 188. Similar, mas excluindo a razoabilidade do conjunto da prova: Hans-Uwe Erichsen, “Das Übermaßverbot”, *Jura* (1988): 387-388.

<sup>605</sup> Na jurisprudência, precedentes exemplificativos a esse respeito: BVerfGE 30, 292 - *Erdölbevorratung*; BVerfGE 28, 264 - *Abgeordnetenüberprüfung*. Similar, na literatura constitucional: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 10.

<sup>606</sup> Cf. nessa linha: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 732. Similar, identificando proporcionalidade em sentido amplo e proibição de excesso: J-J. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 267.

<sup>607</sup> Por todos, nesse sentido, mas utilizando o termo desproporcionalidade ao invés de proibição de excessos: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 201 e 325. No mesmo sentido: Friedrich Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 851.

*proporcionalidade em sentido amplo e estrito* já foi sedimentado pela prática, uma vez que se compreenda que a prova como um todo tem a orientação de conter o poder estatal, basta esclarecer o sentido dogmático que essa técnica pode ter. Não é preciso alterar a denominação dos testes.

Algo diverso ocorre quando os termos *necessidade e proibição de excessos* se identificam.<sup>608</sup> Nesse caso, há dois problemas. Um dogmático; outro, teórico. Identificar a necessidade com a proibição de excessos gera uma confusão dogmática em relação à determinação das origens dessas provas. Não é incomum encontrar quem afirme que, em virtude de tal identificação, a necessidade equivaleria ao teste aplicado no direito policial prussiano e que Fritz Fleiner teria esse teste em mente quando afirmou que não se deve abater pardais com canhões.<sup>609</sup> Tais afirmações são em si mesmas incorretas e levam ao engano de pensar que, em seu nascimento, a proporcionalidade se resumia ao teste da necessidade, o que, comprovadamente, não ocorreu.<sup>610</sup>

Teoricamente, por outro lado, é discutível a inserção de um critério de defesa em uma configuração da prova que pressuponha a colisão ou ponderação de bens ou valores constitucionais. Se isso ocorre, a proporcionalidade em sentido amplo terá dois testes com sentidos e finalidades contrapostos e contraditórios: a necessidade, que visa defender o indivíduo contra intervenções estatais excessivas; e a proporcionalidade em sentido estrito, que, nesse modelo, se identifica com a ponderação de princípios.<sup>611</sup> Com dois testes em constante tensão, a estrutura da proporcionalidade tende, então, a se desequilibrar: ou se atribui primazia ao fator de defesa inserido no teste da necessidade, ou se atribui maior peso ao teste da ponderação e, com isso, se anula o efeito de proteção que existia no teste da necessidade.<sup>612</sup>

---

<sup>608</sup> Realizando tal identificação, por todos: Luís Roberto Barroso, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito constitucional”, *Boletim de Direito Administrativo*, março, 1997, 149-163, p. 161. Recente, no mesmo sentido: Id., *Direito constitucional contemporâneo*, p. 260.

<sup>609</sup> Identificando proibição de excesso e necessidade e também indicando incorretamente o autor de tal frase: Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 339.

<sup>610</sup> Por todos, com indicações históricas da utilização dos testes da adequação e necessidade: Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, p. 24 e ss.

<sup>611</sup> É o que faz, dentre outros, Daniel Sarmiento, para quem a necessidade destina-se a invalidar medidas estatais excessivas e a proporcionalidade em sentido estrito visa comparar e ponderar valores constitucionais: Cf. Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 159 a 162.

<sup>612</sup> Com esse e outros fundamentos, afirmando que a ponderação é incompatível com os demais testes que compõem a proporcionalidade em sentido amplo: Christian Hillgruber, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechprechung des Bundesverfassungsgericht nach 60 Jahren”, *JZ* 18 (2011): 861-871, p. 862. Ilustrando tal distinção qualitativa entre os testes, Eberhard Grabitz afirma que, enquanto a necessidade e adequação são



Nas duas hipóteses, a solução apresenta problemas, pois, ao exigir que não só a intervenção mas também a proteção do direito fundamental sejam justificadas, o modelo da ponderação tende a anular a função de defesa exercida pelo teste da necessidade. Correto, portanto, quando se adota um modelo do teste da proporcionalidade que, tal qual o defendido pela teoria dos princípios, admite intervenções e relativizações recíprocas de princípios em colisão, é simplesmente abandonar a denominação *proibição de excesso*.<sup>613</sup> Afinal, quando tudo é maleável e relativo em função dos valores em colisão, a própria noção de excesso se dissolve em um elemento da ponderação. Teoricamente possível, essa proposta enfrenta, contudo, dificuldades dogmáticas importantes. Primeiro, porque ela não consegue justificar a proteção diferenciada que se atribui aos direitos de defesa.<sup>614</sup> Segundo, porque ela dificilmente consegue se ajustar ao sentido de defesa, que acompanha o desenvolvimento da prova da proporcionalidade, desde sua concepção. Tudo isso mostra que, além de dogmaticamente incorreta, a identificação das expressões proibição de excesso e necessidade é teoricamente problemática. Esclarecidos esses pontos, é possível passar à análise da configuração atual da necessidade.

## b. Características e questões da prova

Comparação empírica entre medidas igualmente adequadas. Com tal objetivo, o teste da necessidade é composto de duas variáveis: a finalidade legítima, determinada previamente pela autoridade competente; e a comparação hipotética de meios que possam substituir a medida implementada.<sup>615</sup> Se dessa avaliação resulta a conclusão de que o meio efetivo pode ser substituído por outro, igualmente adequado, mas com menor onerosidade aos afetados, a norma analisada será considerada inconstitucional. Nesses termos, a necessidade é simplesmente o reflexo jurídico do princípio elementar que rege a busca de

---

testes jurídicos que vinculam a instância decisória, a proporcionalidade em sentido estrito é uma orientação de como proceder na análise de conflitos de valores: Cf. Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 583.

<sup>613</sup> Utilizando, contudo, tal denominação e distinguindo proibição de excesso e proteção deficiente: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 26; Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, p. 151 e ss.

<sup>614</sup> Para uma tentativa dessa difícil conciliação de conceitos: Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, p. 60 e ss.

<sup>615</sup> Na jurisprudência: BVerfGE 7, 377 (405) - *Apotheke*; BVerfGE 49, 24 - *Kontaktsperre-Gesetz*. Similar: ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 16 de fevereiro de 2012 - *Ficha Limpa*.

eficiência alocativa de bens: quando a distribuição de bens e direitos não pode ser alterada para favorecer um indivíduo sem que os demais sejam negativamente afetados, o ponto ótimo de distribuição alocativa foi alcançado.<sup>616</sup> São muitos os problemas causados por essa configuração da prova.

Os primeiros estão relacionados à identificação e conservação da finalidade almejada pela autoridade estatal. Decorrente da divisão de funções e competências constitucionais, a imposição da conservação dos fins visados pela autoridade estatal exige que medidas alternativas hipotéticas sejam direcionadas à mesma finalidade.<sup>617</sup> Com isso, a necessidade se converte em critério jurídico de decisão e não tem mais uma função puramente lógica de comparação entre variáveis empíricas. Tal requisito pressupõe, assim, a existência de decisão do órgão estatal competente no sentido de intervir no conteúdo protegido pelo direito. A hipótese de inexistir tal medida e, com isso, não afetar qualquer aspecto do direito fundamental está, de plano, excluída.<sup>618</sup> Os problemas reais da necessidade começam a surgir quando se percebe que, ao manipular as finalidades perseguidas pelas intervenções normativas, o Estado pode tornar a prova inoperante. Para tanto, basta que o ato estatal vise múltiplos fins ou níveis de efetivação de tais finalidades

---

<sup>616</sup> Necessidade é, por isso, o equivalente normativo do ponto ótimo paretiano. Nessa linha, aplicando o critério de eficiência de pareto à decisão do Tribunal Constitucional alemão em *Apotheke*: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 181. Nessa linha: Robert Alexy, “On the structure of principles”, *Ratio Juris*, v. 13, n. 3 (2000): 294-394, p. 298; Niels Petersen, “How to compare the length of lines to the weight of stones: Balancing and the resolution of value conflicts in Constitutional law”, *German Law Journal*, v. 14, n. 8 (2013): 1387-1408, p. 1394; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 39.

<sup>617</sup> Cf. nessa linha: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 574.

<sup>618</sup> Nesse sentido: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 67. Similar, afirmando que a competência para definir o parâmetro de comparação, ou seja, a finalidade, dos hipotéticos analisados no teste da necessidade: Julian Rivers, “Proportionality and variable intensity of review”, p. 199; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 747. Surpreende, assim, que Virgílio Afonso da Silva afirme que o critério decisivo na comparação entre medidas é a eficiência em relação ao fim e não a menor intervenção, pois, ao seu ver, caso não fosse assim seria “sempre melhor que o Estado [fosse] omissivo, pois, embora a omissão seja ineficiente para realizar objetivos que necessitem de uma ação estatal, ela será também, em geral, menos gravosa” (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 173). O argumento se choca com o pressuposto mais elementar da prova: a existência de decisão estatal interventiva. Fora isso, ele é contraditório com o pressuposto, adotado pelo mesmo autor, de que as hipóteses comparadas tenham o mesmo resultado de eficiência (Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 38), pois, para que meios e fins sejam comparados e se diga que são equivalentes no que diz respeito a sua eficiência, eles devem existir. Por outro lado, a hipótese de a intervenção não existir mais e, com isso, o direito fundamental ficar intocado é o resultado da prova da proporcionalidade como um todo, pois dela pode decorrer a declaração de inconstitucionalidade da norma analisada. Se é assim, a proporcionalidade não pode, efetivamente, antecipar para seus fundamentos a situação que resulta de sua aplicação. Exatamente por isso, não cabe cogitar a possibilidade de inexistir a medida interventiva. No mesmo sentido, afirmando que no teste da necessidade se questiona “como” (*Wie*), não “se” (*Ob*) a medida estatal interventiva é implementada: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 430.

que tornem improvável, ou, no limite, impossível, a cogitação de variáveis alternativas.<sup>619</sup> Afinal, quando até os efeitos econômicos, sociais e fiscais da medida analisada são considerados como finalidades a serem consideradas no teste da necessidade, as variáveis que restringem a possibilidade de encontrar uma medida com eficiência compatível tendem a se tornar infinitas, e o número de alternativas viáveis para a comparação, nulo.<sup>620</sup>

Antes considerada o centro da prova da proporcionalidade,<sup>621</sup> a necessidade é, dessa forma, transformada em uma etapa sem efeitos práticos e termina por ser consumida pela ponderação. Não espanta que juízes e tribunais constitucionais tendam a desconsiderar essa etapa da prova, pois a complexidade do raciocínio envolvido e sua potencial ineficácia desestimulam seu uso prático.<sup>622</sup> Se aliada à baixa capacidade da adequação, entendida como teste puramente empírico, para controlar a relação estabelecida entre meios e fins, essa situação tende a transformar a proporcionalidade em um teste unidimensional: todos os testes e todo o conteúdo da prova são concentrados na ponderação.<sup>623</sup> O extremo oposto ocorre quando se abdica do parâmetro de comparação jurídico dos meios. É o que ocorre quando não se exige que as medidas hipotéticas tenham efeitos semelhantes em relação ao fim perseguido pela autoridade estatal. Mas esse é também o resultado da indeterminação do conteúdo e da abstração excessiva de tal finalidade. Nesses casos, o elemento de contenção da criatividade e da imaginação do julgador desaparece, e a medida estabelecida pode ser comparada com infinitas possibilidades de substituição.<sup>624</sup>

---

<sup>619</sup> Vislumbrando o problema, mas sem apresentar soluções: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 72; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 854.

<sup>620</sup> No mesmo sentido: David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 50. Afirmando que esse é um problema do modelo alemão do teste da proporcionalidade: Kai Möller, “Constructing the proportionality test”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014, p. 34.

<sup>621</sup> Sustentando que a necessidade ainda é o centro da proporcionalidade: Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, p. 618. No direito canadense, tal conclusão é a regra: Cf. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 822; Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, p. 391.

<sup>622</sup> Nessa linha, afirmando que o sentido técnico da necessidade afasta sua aplicação pelas Cortes constitucionais: Paul Yowell, “Proportionality in United States Constitutional Law”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014, p. 92.

<sup>623</sup> Admitindo tal conclusão e afirmando que a necessidade não é uma regra de decisão (*Entscheidungsregel*) e sim um elemento e uma etapa de preparação da ponderação de interesses: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 171. Similar, afirmando que os testes da adequação e necessidade são só aplicações menos complexas da etapa final da ponderação: David Beatty, *The ultimate rule of Law*, p. 163.

<sup>624</sup> Nesse sentido, na jurisprudência constitucional canadense, afirmando que juízes teriam pouca imaginação se, diante de uma medida restritiva, não apresentassem uma medida substitutiva que soasse menos restritiva:

Sem o controle da fonte de criação de hipóteses de comparação, a necessidade se torna uma prova de aplicação inviável, pois nenhuma medida interventiva, por mais bem elaborada que seja, e nenhum órgão estatal, por mais profissional e técnico que seja, podem prever e antecipar todas as hipóteses de intervenção possíveis. Aplicada e compreendida dessa forma absoluta, a necessidade se torna um fator de paralização, não só da atividade interventiva do Estado, que é essencial ao desenvolvimento e à configuração das relações sociais e jurídicas, como também do processo jurídico de controle de constitucionalidade, pois o órgão de controle teria de considerar e analisar infinitas hipóteses de comparação entre medidas estatais. Como ambas as hipóteses são praticamente inviáveis, a saída de tal paradoxo é, novamente, desconsiderar o valor prático da prova da necessidade. E, assim como ocorreu com o problema anterior, o julgador se vê forçado a, na prática, desconsiderar essa etapa da prova e é convidado a simplesmente ponderar meios e fins, que se transformam, então, em princípios e a proporcionalidade é, novamente, convertida em ponderação.<sup>625</sup>

### c. Proposta de reconstrução

A reconstrução da necessidade pressupõe a redefinição de suas funções. Antes concebida como um elemento de defesa individual contra abusos do poder estatal,<sup>626</sup> a necessidade foi convertida em um teste amplo, que trabalha com critérios tirados da teoria econômica, voltado à maximização da eficiência alocativa do direito. Mas foi exatamente essa alteração da feição da prova que fez dela um instrumento ineficaz, que termina por ser consumido pela metáfora da ponderação. Reconstruir a necessidade quer dizer reconduzir

---

*Illinois Elections Bd. vs. Socialist Workers Party* (1979) 440 U.S. 173, 188. Na literatura, na mesma linha: Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 62, onde se identifica a causa desse problema na exigência de otimização de princípios em colisão. Similar, criticando especificamente a configuração do teste necessidade na teoria dos princípios: David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 43 e ss. De forma semelhante: Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 171.

<sup>625</sup> Constatando essa tendência de concentração de todas as etapas da prova na etapa que realiza a ponderação de valores, Kai Möller afirma que isso põe em dúvida o argumento, comumente aceito sobretudo por autores que defendem a versão da prova da teoria dos princípios, de que a proporcionalidade é um procedimento racional e estruturado de argumentação jurídica. Para uma defesa de tal argumento, que, na prática, tem pouca ou nenhuma comprovação: Robert Alexy, “Balancing, constitutional review and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4 (2005): 572-581, p. 579. Para a argumentação de Möller: Kai Möller, “Constructing the proportionality test”, p. 37.

<sup>626</sup> Por todos, acentuando a função de defesa da necessidade: *Ruprecht v. Krauss*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 69 e ss.

essa prova ao seu trilha original. Não poderia ser diferente, pois o pressuposto de toda a reconstrução do sentido jurídico da prova da proporcionalidade em sentido amplo também é sua recondução à função de defesa do indivíduo contra intervenções estatais excessivas. Enquanto elemento e componente dessa prova mais ampla, a necessidade é simplesmente mais um mecanismo voltado a esse mesmo fim: conter o excesso do poder. A comparação de graus empíricos de eficiência e efetividade das diferentes medidas, sejam elas hipotéticas ou existentes, é só o primeiro passo da avaliação da necessidade da medida interventiva. Tão importante quanto essa análise empírica é a definição de critérios normativos e os parâmetros jurídicos que guiam a aplicação dessa prova.<sup>627</sup>

A relevância desses parâmetros aparece quando constelações complexas são avaliadas à luz da necessidade. Se a intervenção normativa estabelecida afeta, ao mesmo tempo, um direito individual e um interesse coletivo ou social, a existência de uma hipótese de substituição que seja, ao mesmo tempo, menos danosa ao direito individual e mais gravosa ao interesse coletivo, será fundamento para a declaração da desnecessidade da intervenção estatal e, conseqüentemente, de sua inconstitucionalidade.<sup>628</sup> É possível que a variação dos modos de controle da medida restritiva tenha influência sobre esse ponto da avaliação. Isso porque a mesma medida que, no modo principal e abstrato de controle se apresenta como a menos gravosa para a coletividade, pode representar uma intervenção intensa e desnecessária do direito analisado em um processo de controle incidental e concreto.<sup>629</sup> Nesses casos, a declaração concreta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo restritivo pode se manifestar na forma de uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto, caso a norma inconstitucional seja uma aplicação da medida questionada, ou em uma interpretação conforme a Constituição, hipótese em que as condições de aplicação e interpretação da medida interventiva são alteradas. Adotando tal sentido da distinção das técnicas interpretativas de controle de constitucionalidade, será até

---

<sup>627</sup> Nesse sentido, sustentando que a prova da necessidade é normativa e não puramente fática: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 54; Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 240; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 653; Steven Greer, "Balancing and the european Court of human rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate", *Cambridge Law Journal* 63 (2), July (2004): 412-434, p. 423;

<sup>628</sup> Nessa linha, afirmando que, existindo duas escalas de restrição, uma em que medidas restritivas de direitos particulares sejam escalonadas, outra em que as possíveis restrições a interesses coletivos sejam ranqueadas, o teste da necessidade sempre dará preferência à medida que apresente o menor grau de intervenção na escala de intensidades individuais: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 69. Similar: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 242.

<sup>629</sup> Considerando essa possibilidade: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 753.

mesmo possível que uma norma restritiva seja, em abstrato, interpretada conforme a Constituição e, com isso, não seja declarada a inconstitucionalidade de todos os seus sentidos possíveis, mas uma de suas aplicações seja considerada inconstitucional, por ser desnecessária e desproporcional.<sup>630</sup> Em todos esses casos, o afetado deverá comprovar que a intervenção normativa, que em abstrato é necessária e proporcional, representa uma restrição grave e substituível de seu direito.<sup>631</sup>

No caso do controle concreto de constitucionalidade de medidas restritivas, é preciso considerar ainda que o afetado é também o titular do direito fundamental atingido. Se é assim, sua preferência por um meio alternativo deve também ser considerada como indicativo do menor grau de intervenção da medida estatal.<sup>632</sup> Nessa hipótese, será preciso considerar e analisar os limites da eventual renúncia individual ao direito fundamental restringido. Caso tal ato tenha efeito sobre o direito de terceiros ou afete direitos ou interesses relevantes, ele mesmo terá de ser controlado com base em nova aplicação da prova da proporcionalidade, que, nesse caso, será uma prova de segundo grau.<sup>633</sup> Renúncia que, no caso, é relativa, pois o titular pode preferir suportar uma intervenção que, avaliada objetivamente, se apresenta como mais severa, mas que, em sua avaliação pessoal, soa como menos gravosa. Comprovado que tal ato não gera efeitos contra terceiros, a opção pessoal do titular do direito fundamental deve ter preferência.

Com razões semelhantes, a questão dos custos da substituição da medida estatal pode ser solucionada. Mesmo que a substituição da medida estabelecida por uma medida que represente menor intervenção no direito individual seja acompanhada de custos adicionais, que tenham de ser suportados pelo Estado ou pela sociedade, a função do teste da necessidade exige que a medida estabelecida seja declarada inconstitucional.<sup>634</sup> Argumentar que tais gastos não foram previstos na peça orçamentária e que, portanto, não

---

<sup>630</sup> Para tal distinção: Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 123 e ss.

<sup>631</sup> Cf. Artur Wolffers, “Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit”, p. 308.

<sup>632</sup> Utilizando tal critério, que é de aplicação comum no direito policial alemão, para determinar a menor restrição dos meios, mas afirmando que tal parâmetro não é normativo: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, p. 456.

<sup>633</sup> Para uma aplicação do teste da proporcionalidade em casos de renúncia de direitos fundamentais: Pedro Augustin Adamy, *Renúncia a Direito fundamental*, São Paulo, Malheiros, 2011.

<sup>634</sup> De longa data, sustentando que o teste da necessidade não pode levar em conta critérios econômicos: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 22. Similar, na literatura constitucional: Ulrich Zimmerli, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht*, p. 18; Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, p. 27. Contra, sustentando que os custos suportados pelo Estado e pela sociedade também devem ser considerados na análise da necessidade, o que, todavia, faz dela um teste sem efeitos práticos: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 73.

podem ser arcados pelo Estado, é afirmar muito pouco. Primeiro porque o orçamento público não é, em si mesmo, um direito constitucional. Não é possível fundamentar a restrição de um direito fundamental simplesmente com a constatação do limite de verbas orçamentárias.<sup>635</sup> Segundo porque o orçamento é uma previsão e um planejamento de gastos dirigido ao Estado, que só indiretamente pode afetar os titulares de direitos fundamentais. Isso não quer dizer que o argumento orçamentário seja totalmente desprovido de fundamento. Seu valor, contudo, é relativo. Só quando for demonstrado que a alteração, que leve à menor restrição dos direitos afetados, implica uma restrição mais grave de outros direitos fundamentais, o argumento dos limites orçamentários servirá para a comprovação da impossibilidade de alterar a situação existente, sem que outra mais gravosa aos particulares seja criada.

E mesmo quando seja o caso da declaração de desnecessidade da medida estatal interventiva, o órgão de controle não cria diretamente novas despesas. Ele simplesmente constata que a intervenção é desproporcional e, com base nesse fundamento, declara sua inconstitucionalidade. O que pode ser feito para minimizar o vazio legislativo gerado por tal decisão é declarar a inconstitucionalidade e estipular prazo para que a medida estabelecida seja substituída, mantendo os efeitos práticos da medida restritiva durante esse período. Para tanto, será necessário demonstrar que a própria situação de fato consolidada passou a ter proteção constitucional, seja com fundamento na segurança jurídica, seja em garantias mais específicas, como o ato jurídico perfeito.<sup>636</sup> De toda forma, não é dado ao órgão de controle substituir a decisão da instância estatal legitimada para gerar despesas e realizar gastos públicos.

---

<sup>635</sup> Na jurisprudência constitucional sul-africana, nesse sentido: *Minister of Home Affairs vs. National Institute for Crime Prevention and the Re-integration of Offender (NICRO)*, 2005 (3) S.A. 280 (CC). Comentando o caso e apresentando casos similares da jurisprudência israelense: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 271.

<sup>636</sup> Nesse caso, a modulação de efeitos não precisa recorrer à ponderação de princípios constitucionais. Para concluir que é necessário preservar as medidas restritivas existentes, basta constatar que delas derivam situações jurídicas consolidadas que, enquanto tais, são tuteladas pela segurança jurídica e pela garantia da preservação do ato jurídico perfeito. Caso em que a manutenção dos efeitos da medida restritiva desnecessária também representa a proteção, nesse caso, necessária, dos efeitos consolidados da medida restritiva. De toda forma, ao menos no Brasil, tal modulação de efeitos deve ocorrer em processos de controle principal e concentrado, sob pena de, aplicada no controle concreto, alterar o sentido do julgamento realizado em tal modalidade de controle. Com proposta similar de modulação, mas com fundamento na ponderação de princípios constitucionais: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 751. Para uma compreensão similar dos requisitos para a manutenção dos efeitos concretos da norma declarada inconstitucional: Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 237.

Situação ainda mais complexa ocorre quando uma mesma medida interventiva interfere em direitos fundamentais com graus variados de gravidade. Se e quando isso ocorre, pode haver uma variação das intensidades de intervenção que torne a medida estatal desnecessária para alguns destinatários, pois substituível por medida menos restritiva, e necessária para outros. A primeira reação de quem enfrenta tal situação é negar a capacidade do teste da necessidade para solucionar um conflito com tamanha complexidade. Como consequência, a solução do problema seria transferida para a última etapa da prova da proporcionalidade em sentido amplo.<sup>637</sup> Uma solução mais elaborada foi apresentada por Bernhard Schlink, para quem, nesse caso, a medida interventiva não pode realmente ser avaliada sob o prisma do teste da necessidade, mas pode ser controlada com fundamento no direito geral de igualdade. Afinal, na situação enfrentada, há um tratamento desigual dos destinatários da norma interventiva. Uma vez que não se apresente uma justificativa para tal tratamento desigual, ou seja, uma vez que a desigualdade de restrições não seja, ela mesma, fundamentada em um critério de *discrimen* que justifique a disparidade, a restrição será declarada inconstitucional, não em virtude de sua desnecessidade e desproporcionalidade, mas sim por força da desigualdade por ela gerada.<sup>638</sup> A proposta é interessante, pois, com isso, o grau de intensidade do controle exercido na análise da medida restritiva é rebaixado ao controle de evidência, pois o controle realizado com base no direito geral de igualdade tem por parâmetro a não arbitrariedade da distinção criada pela autoridade estatal.<sup>639</sup>

Contudo, a proposta parece simplesmente mascarar o problema real, pois medidas estatais igualitárias, ou seja, que tratem iguais como iguais ou desiguais ou desiguais, na medida de sua desproporção, para que tais distinções sejam consideradas válidas, podem também ser medidas excessivas ou desnecessárias. A inexistência de um desses vícios não

---

<sup>637</sup> Nessa linha, defendendo a transferência da análise da necessidade em casos que envolvam mais de um direito ou titular do direito fundamental: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 751. É difícil compreender a orientação adotada por esse autor, pois ele é um dos poucos que consideram que a análise da necessidade pressupõe a consideração de aspectos jurídicos e analíticos. Esse seria justamente um caso de avaliar o sentido dogmático e analítico dessa prova, mas esse autor se nega a realizar essa análise. No mesmo sentido, mas de forma mais coerente, sustentando essa conclusão com a premissa de que a necessidade é um teste puramente empírico: Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, 1604; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 172 e 173.

<sup>638</sup> Nessa linha: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, 459. Similar, afirmando que os exames da necessidade e igualdade da medida estatal são pautas e parâmetros separados, que podem ser combinados: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidade en el Derecho constitucional*, p. 144.

<sup>639</sup> Cf., a esse respeito: Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 111; Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, p. 152.



afasta a possibilidade do outro existir. Nesse caso, o controle da medida restritiva terá por fundamento os dois parâmetros de controle: igualdade e necessidade. Para que essa operação seja possível, é preciso considerar que a necessidade não é só um critério fático de avaliação de medidas comparativas.<sup>640</sup> É também um critério normativo, que exige que a opção estatal pela medida mais restritiva, quando uma medida menos restritiva se encontra à sua disposição, seja fundamentada. A diretriz geral que deve guiar essa análise é que a intervenção legislativa deve levar em conta cada grupo de endereçados da ordem estatal em separado.<sup>641</sup> Assim se pode cogitar da aplicação de técnicas de controle de constitucionalidade interpretativas, que afastem a incidência da norma desnecessária e excessiva em relação a alguns de seus destinatários e, ao mesmo tempo, se mantenha sua validade e aplicação em relação aos demais afetados. O problema voltará a existir se a norma controlada não puder ser decomposta em função dos diversos destinatários da intervenção, ou seja, se não for possível seccionar a análise do teste da necessidade em função da gravidade individualizada da medida restritiva para cada um dos destinatários.<sup>642</sup>

Nesse caso, o parâmetro da igualdade volta a ter relevância e aplicação, mas a ele se pode adicionar uma peculiaridade do teste da necessidade. Essa é uma hipótese em que o Estado elege um grupo de particulares para suportar uma carga de intervenção diferenciada em relação aos demais possíveis destinatários da norma. Uma vez que o particular que tenha seu direito especialmente agravado comprove ser possível dividir a carga da intervenção por ele suportado com outros grupos, caberá ao Estado dizer por que aquele grupo em especial deve, no caso, ser o destinatário de um grau diferenciado de intervenção enquanto outros são poupados desse fardo. Esse não é necessariamente um teste de igualdade, pois a comparação que ocorre aqui não envolve necessariamente grupos

---

<sup>640</sup> Justamente por negar essa premissa Lothar Hirschberg não admite a análise simultânea dos parâmetros de controle utilizados pelos testes da igualdade e necessidade. Cf., nesse sentido: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 66 e ss.

<sup>641</sup> Nesse sentido: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 238; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 69; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 319; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 2, p. 781.

<sup>642</sup> O problema foi enfrentado pelo Tribunal Constitucional no caso em que se analisou a obrigação imposta aos importadores de óleo mineral de armazenar parte do produto para fins de assegurar a existência de reserva de oferta para atender eventual necessidade do mercado. Os representantes de associações de trabalhadores dessa área argumentaram que a obrigação a eles imposta poderia ser atribuída a outros atores do mercado, o que contribuiria para atingir a finalidade pretendida pelo legislador de forma ainda mais eficiente e, ao mesmo tempo, não oneraria um só ator econômico. O Tribunal considerou que a alternativa não apresentava o mesmo grau de eficiência e, com isso, afastou a alegação da desnecessidade da medida interventiva. Caso citado: BVerfGE 30, 292. Comentando o precedente: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 70.

específicos de destinatários da norma controlada. É possível, nesse sentido, questionar também por que um grupo de indivíduos, e não a coletividade, deve suportar os efeitos da intervenção estatal. Também não há aqui uma análise da razoabilidade da medida interventiva, pois os efeitos dessa norma podem ser suportáveis e, contudo, não existir uma justificação suficiente da eleição do grupo específico que suporta a carga diferenciada da medida interventiva.

Assim, a solução está em utilizar o teste da necessidade em uma versão normativa, que considere a finalidade protetiva dessa etapa da prova geral da proporcionalidade. Será preciso, então, questionar se, ao criar a norma questionada ou em momento posterior,<sup>643</sup> o Estado tinha ciência e podia adotar uma opção menos gravosa ao grupo afetado de forma diferenciada pela intervenção legislativa. Se em algum momento essa opção existia, a concentração da carga interventiva em um determinado grupo de sujeitos se torna, ela mesma, um fator de intervenção, que, por um lado, agrava a intensidade da intervenção original e exige uma justificação diferenciada.<sup>644</sup>

Em todas essas hipóteses, os fatores que guiam a análise do teste da necessidade são sua finalidade de contenção do poder estatal e, principalmente, o sentido e significado dos direitos fundamentais afetados pela intervenção estatal. Aqui a premissa básica do projeto de reconstrução da proporcionalidade volta a se manifestar com toda força: sem a definição prévia do sentido normativo das diferentes garantias constitucionais dos conteúdos dos direitos fundamentais, a prova como um todo tende a se perder em generalizações e abstrações e, com isso, a única saída para que o conflito seja solucionado é recorrer à ponderação de princípios ou valores. Tudo muda quando se atribui conteúdo

---

<sup>643</sup> É comum encontrar a afirmação de que, tal qual ocorre com o teste da adequação, a necessidade teria de adotar a perspectiva de análise *ex ante*, pois essa é a orientação que preserva, da melhor forma possível, a competência estatal destinada a realizar a intervenção na esfera protegida dos direitos fundamentais. Nesse sentido, dentre outros: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 73; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 758. Contra, afirmando que o critério a ser adotado no teste da necessidade é o *ex post*: Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 344. A par de tal distinção não ser clara, pois ela ora utiliza o momento de criação da lei, ora o momento do julgamento, para classificar o critério de controle, suas consequências práticas e dogmáticas são limitadas. Isso porque o fator decisivo para determinar se o controle normativo ocorre no momento de promulgação da intervenção normativa ou em momento posterior não está na descrição teórica do instrumento de controle, mas sim na permanência no decorrer do tempo dos efeitos restritivos da norma controlada. Se, nesse sentido, a medida interventiva tem efeitos temporários e efêmeros, o controle de proporcionalidade, seja no teste da adequação, seja na necessidade, terá de adotar o denominado critério *ex ante*. Caso contrário, ou seja, se os efeitos da medida restritiva se prolongarem no tempo, o critério de controle será o *ex post*. Nessa linha, por considerar que a vinculação dos parâmetros constitucionais não se altera com o tempo: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 575.

<sup>644</sup> Cf. Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 240 e 241.

normativo e material à prova da proporcionalidade como um todo e se exige que os direitos afetados tenham seu conteúdo jurídico previamente definido. Se e quando isso ocorre, as diferentes hipóteses de intervenção em direitos fundamentais diversos só podem ser comparadas se e na medida em que os conteúdos desses direitos também sejam levados em conta na comparação. Afirmar, portanto, que a intervenção no direito à liberdade de uma classe ou grupo pode ser substituída por uma restrição no direito à liberdade profissional, ou, ao contrário, é uma conclusão que só pode ser derivada da análise conjunta dos diferentes parâmetros constitucionais e dos diferentes conteúdos jurídicos em questão.<sup>645</sup>

Com base nessa premissa, é possível também vislumbrar a possibilidade de variar a intensidade do controle das exigências decorrentes da aplicação do teste da necessidade: quanto maior for a gravidade da intervenção estatal, tanto maiores serão as exigências suportadas pelo Estado para a justificação da norma questionada.<sup>646</sup> Um exemplo de tal variação de intensidades de controle de justificação de medidas restritivas é encontrado na jurisprudência sul-africana. Em uma demanda em que se analisava a constitucionalidade de norma penal que previa a pena de morte, a Corte constitucional daquele país analisou a necessidade de tal previsão em comparação com o encarceramento por largos períodos de tempo. Enfrentando a questão de se tal punição alternativa tinha os mesmos efeitos em relação à proteção da segurança pública, o juiz Chaskalson considerou que, em virtude da gravidade da intervenção e do significado constitucional do direito à vida, a justificação da norma em questão deveria ser realizada com base em requisitos intensos. No caso, isso levou a Corte a exigir que o Estado comprovasse a maior efetividade da medida restritiva adotada em comparação com possíveis penas alternativas.<sup>647</sup> Ou seja, no caso, em virtude do conteúdo normativo do parâmetro de controle e da intensidade da intervenção estatal, a necessidade foi aplicada como prova intensa.

Generalizar tal conclusão levaria à paralisia da atividade estatal, pois toda medida interventiva teria de ser comprovada e justificada em todos os seus aspectos. Por isso, a regra geral que guia o controle de proporcionalidade e o teste da necessidade em especial deve ser a deferência à decisão da instância democraticamente eleita para intervir no

---

<sup>645</sup> Admitindo avaliações do conteúdo dos diferentes direitos afetados pela intervenção estatal: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 753.

<sup>646</sup> Nesse sentido, analisando as diferentes hipóteses e graus de intervenção no direito geral de personalidade e privacidade: Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision*, p. 135.

<sup>647</sup> Caso citado: *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391. Análise e comentários do precedente são encontrados em: Niels Petersen, *Proportionality and the inconsturability challenge*, p. 7. No mesmo sentido, também na jurisprudência sul-africana: *The State vs. Henry Williams and Others*, CCT 20/94, 1995 (3), SA 632.

conteúdo dos direitos fundamentais.<sup>648</sup> Contudo, tal regra pode ser modulada e alterada em função do significado e sentido da garantia do direito fundamental afetado. Com base nos mesmos pressupostos, a regra da igual efetividade das medidas comparadas no teste da necessidade pode assumir diferentes graus de exigência, que serão menores quando os direitos analisados tiverem maior relevância para a situação do afetado e a intervenção estatal nos conteúdos protegidos for intensa.<sup>649</sup> Na hipótese oposta, as exigências do teste da necessidade serão maiores quando a restrição do direito for menos intensa e o parâmetro constitucional oferecer menor grau de proteção.

Os indicativos dessa variação do sentido e intensidade de proteção dos parâmetros constitucionais são encontrados no próprio texto constitucional. Ao menos dois fatores são decisivos para tal definição. O primeiro deles está na existência, ou não, de reservas de lei, sejam elas qualificadas ou simples, no parâmetro constitucional protetivo.<sup>650</sup> A reserva de lei é o indicativo de que o texto constitucional diferencia os critérios de intervenção no conteúdo protegido pelo direito fundamental. Se uma intervenção em um direito fundamental sem reserva exige maiores requisitos e justificativas, a regulamentação do exercício de direitos com reserva simples apresentará o menor grau de exigência argumentativa. Entre esses extremos, os direitos fundamentais com reserva qualificada apresentarão graus variados de exigência para a intervenção no conteúdo protegido, em função da amplitude da cláusula de reserva prevista pelo texto constitucional: quanto mais amplas e variadas as hipóteses de restrição admitidas, menores serão os requisitos para a intervenção no conteúdo protegido. Nesse caso, em um primeiro momento, a amplitude do parâmetro constitucional restritivo permite que se cogite um maior número de restrições possíveis, do que resulta uma maior quantidade de medidas substitutivas a serem consideradas e, conseqüentemente, uma maior intensidade da necessidade.

Nesses casos, como a norma constitucional autoriza o Legislador a regular uma área de conduta de forma ampla, a força do controle de necessidade é diminuída, pois, para

---

<sup>648</sup> Nessa linha: Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 148; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 825.

<sup>649</sup> No mesmo sentido, afirmando que a intensidade da prova da proporcionalidade em geral aumenta em função da intensidade da intervenção e de sua proximidade ao núcleo do direito: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 821.

<sup>650</sup> Nesse sentido, relacionando os graus de intensidade da prova com as diferentes técnicas de reserva de lei previstas no texto constitucional: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 425; Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, p. 459. Similar, sustentando que a análise das diferentes intensidades de prova da proporcionalidade deve ser orientada por critérios jurídicos abstratos: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 330.

realizar esse teste, o órgão de controle teria, nesses casos, de considerar hipóteses de comparação substitutivas igualmente gerais, tarefa que é primordialmente conferida ao órgão democraticamente eleito. Ou seja, quanto mais ampla e geral a competência conferida pelo texto constitucional à criação legislativa, menor será a força da prova da proporcionalidade.<sup>651</sup> Quanto mais tais parâmetros gerais da medida legislativa forem concretizados, seja pela administração pública ou pelo Poder judiciário, tanto mais a prova da necessidade volta a ganhar força. Nessas hipóteses, mesmo que, ao conferir concreção a um preceito legal, a Administração se mantenha no interior da competência a ela conferida por lei, o meio interventivo por ela utilizado pode ser excessivo e, nesse caso, deverá ser declarada sua inconstitucionalidade.<sup>652</sup>

Com base em tais critérios de diferenciação, a comparação de hipóteses de restrição do teste da necessidade passa a ser realizada com base em parâmetros jurídicos e dogmáticos: a intervenção em um direito com reserva simples será, em regra, menos intensa que a restrição em um direito com reserva qualificada, que, por sua vez, na escala de intensidades, se encontra abaixo da gravidade da intervenção realizada em direitos sem reserva. Um exemplo dessa gradação de intensidades, que reflete na operacionalização do teste da necessidade, se encontra nas hipóteses de regulamentação e restrição à liberdade profissional. Nesse caso, a teoria dos níveis, que escalona as exigências para a justificação das diferentes hipóteses de intervenção em tal direito fundamental, é uma consequência da previsão constitucional que condiciona o exercício, mas não a escolha, da profissão, à regulamentação por lei.<sup>653</sup> Necessidade é, nesse caso, o teste comparativo que, com base nos requisitos apresentados pelo texto constitucional, afere se a intervenção estatal

---

<sup>651</sup> Com fundamentos diversos, mas chegando à mesma conclusão: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 587 e ss; Peter Lerche, “Grundrechtsschranken”, p. 785. Com indicações jurisprudencias nesse sentido: Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht*, p. 43 e ss.

<sup>652</sup> No mesmo sentido, afirmando que essa conclusão é fundamentada na vinculação de todos os órgãos de estado às normas constitucionais: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 210 e 211. Similar e afirmando que tal conclusão levaria à superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta a análise de inconstitucionalidades reflexas: Leonardo Martins, “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade”, p. 31. A crítica é correta sobretudo porque, ao afastar a análise de intervenções administrativas concretas das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal deixa descoberta a proteção dos direitos fundamentais justamente no ponto em que a prova da proporcionalidade teria maior força analítica e vinculante. Há ainda contradição entre tal orientação e a fundamentação da prova, corrente na jurisprudência dessa Corte, no devido processo legal e na ideia de Estado de Direito, pois tanto a intervenção legislativa quando a administrativa estão vinculadas a esses dois parâmetros constitucionais.

<sup>653</sup> Sugerindo, por isso, que a teoria dos níveis seja ampliada na análise de todos os casos de restrição de direitos fundamentais: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 822.

realizada em um nível mais alto da escala constitucional poderia ter sido realizada em um nível mais baixo. Caso em que, se for necessário realizar a análise posterior da proporcionalidade em sentido estrito, essa avaliação ocorrerá no interior do nível definido pelo teste da necessidade.

A esse parâmetro normativo do teste da necessidade podem ser somados parâmetros dogmáticos, como os contidos no direito à igualdade. Assim, distinções, que representem também restrições à liberdade laboral, serão tão mais intensas quanto mais se aproximem de características pessoais ou que digam respeito à raça, cor ou orientação religiosa e sexual do afetado.<sup>654</sup> Somados aos parâmetros constitucionais de aferição da intensidade da intervenção estatal na liberdade, o critério adicional da igualdade indicará que, dentre as diferentes hipóteses de intervenção possíveis no livre exercício da atividade profissional, aqueles que tenham por base características relacionadas à cor, origem, sexo ou orientação pessoal do afetado têm maior grau de intensidade que as que sejam fundamentadas em características objetivas, como o grau de formação ou a experiência profissional. Nesse caso, necessidade indica que, dentre diferentes hipóteses de intervenção no exercício da liberdade, há que se preferir as que, realizando distinções e classificações entre profissionais, tenham por fundamento aspectos objetivos, ou seja, não pessoais, dos destinatários da norma. Distinguir com base em aspectos pessoais quando era possível realizar a mesma operação utilizando características objetivas é, assim, uma intervenção desnecessária e, por isso, inconstitucional.<sup>655</sup>

---

<sup>654</sup> Cf., a esse respeito, o que foi exposto no item C.III.a desta tese e também: Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, p. 544; Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, p. 152.

<sup>655</sup> Por isso, não tem sentido a afirmação corrente de que, ao julgar uma demanda em que se discutia a discriminação realizada por uma companhia aérea francesa em desfavor de empregados brasileiros, o Supremo Tribunal Federal aplicou os direitos fundamentais em relações horizontais, ou entre particulares. O fato de que tal caso envolvia dois particulares é uma obviedade. A questão é se poderia ser de outra forma. E não é justamente o fato de autor e réu da ação serem particulares que faz incidir o parâmetro constitucional da igualdade? Afinal, se em um desses polos estivesse o Estado, não haveria nem mesmo a possibilidade de se cogitar no direito à igualdade. Isso indica que tal demanda envolvia uma aplicação corriqueira desse parâmetro, que teria de ser guiada por critérios que dificultem ou impeçam distinções entre trabalhadores fundamentadas estritamente em características de ordem subjetiva. É exatamente o que diz Carlos Velloso, relator dessa ação: “[A] lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos” (RE 161.243/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 29 de outubro de 1996). Sem perceber tais peculiaridades dogmáticas, a literatura constitucional recorre com frequência a esse caso para afirmar que, no Brasil, se adota a “teoria da eficácia horizontal direta”. Nessa linha: Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 251; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 485. Não há dúvida de que a eficácia do direito à igualdade é, realmente, direta. Falta comprovar por que e em que sentido ela é horizontal.

Enfim, esses parâmetros dogmáticos de orientação podem ser suplementados por dados empíricos e práticos. Aqui, será necessário verificar se a intervenção estatal está ou não de acordo com a orientação jurisprudencial que trata da matéria. Julgamentos constantes e jurisprudências sedimentadas criam expectativas de continuidade. Esse é um dos fundamentos desse parâmetro de orientação: comparativamente, a intervenção estatal que esteja de acordo com tal prática será menos intensa e deve ter preferência à medida que contrarie essa orientação jurisprudencial. Aqui, da mesma forma que ocorre com a presunção da adequação entre meios e fins, a orientação sedimentada pelos tribunais pode ser superada, desde que se comprove sua incorreção. Nesse caso, a necessidade age como fator adicional de estabilização da jurisprudência sedimentada: a intervenção que, podendo manter a orientação interpretativa fixada pelos tribunais, contrarie esse parâmetro, será uma intervenção desnecessária e inconstitucional.<sup>656</sup> Somados, todos esses elementos de estabilização conferem concreção e direcionamento à prova da necessidade, que não é mais uma simples aferição de diferentes hipóteses de otimização fática realizadas pelas medidas interventivas. Definitivamente, ela é um teste normativo e analítico.

David Bilchitz vê na utilização de tais parâmetros de orientação e na alteração dos graus de intensidade da prova da necessidade uma hipótese de ponderação interna a esse teste, por ele denominada de ponderação limitada, ou restrita, em oposição àquela realizada no teste da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>657</sup> Todavia, mesmo nessas hipóteses, não parece haver uma ponderação de princípios e valores constitucionais. Isso porque, assim como ocorre no teste da proporcionalidade em sentido estrito, nesse caso o parâmetro de controle não deve ser a otimização de valores e ou direitos em colisão. Aqui também a avaliação das hipóteses de restrição é guiada pela finalidade de defesa da prova.

Assim, o que se busca com o teste da necessidade não é aferir se o Estado considerou todas as peculiaridades do caso e encontrou o meio interventivo que,

---

<sup>656</sup> Mais uma vez, o direito vivente entra em cena. Mas, nesse caso, sua função não é somente de contenção das possibilidades de interpretação e, em consequência, de limitação das hipóteses de aplicação das técnicas interpretativas de controle de constitucionalidade. Aplicado em conjunto com teste da necessidade, o direito vivente adquire também a função de contenção e manutenção de expectativas dos eventuais destinatários da norma restritiva e, por isso, assume também a função de defesa dos indivíduos contra intervenções em direitos que alteram a orientação do direito vivente, quando era possível mantê-la.

<sup>657</sup> David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 59. De forma similar: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 750. Até mesmo Robert Alexy parece ter relativizado a exigência de que, para serem avaliados no teste da necessidade, os meios comparados tenham igual eficiência em relação ao fim da intervenção, pois, para ele, os meios devem ter “em termos gerais” (*broadly speaking*) o mesmo grau de adequação. Cf. Robert Alexy, “Constitutional rights, balancing and rationality”, p. 135.

comparativamente, se mostra menos intenso de todos. Decisivo é, ao contrário, saber se há uma disparidade tal entre os graus de intervenção das medidas implementada e substitutiva, que torne a decisão estatal excessiva e abusiva. Nesse sentido, com propriedade, Rudolf Wendt afirmou que se trata nesse ponto de saber se uma pequena alteração para menos no grau da adequação resulta em uma grande promoção da liberdade ou direito restringido pela medida estatal.<sup>658</sup> Se for esse o caso, a opção estatal pela medida mais restritiva, que apresente pouquíssimo ganho no que diz respeito à adequação comparativa, é em si mesma uma decisão excessiva e, por isso, desproporcional. Nisso não há ponderação ou colisão de direitos. Há, ao contrário, simplesmente a manutenção da função de defesa da prova, que, com isso, ganha em relevância prática e é reconstruída em seu significado dogmático e constitucional.

## V. Proporcionalidade em sentido estrito

### a. Proporcionalidade contra necessidade

Das considerações anteriores surge uma questão terminológica adicional: afinal, qual a diferença entre proporcionalidade em sentido estrito e necessidade? O problema, que nesse caso não é só terminológico mas também conceitual, decorre da atribuição de conteúdo material, ou seja, jurídico e normativo, ao teste da necessidade. Como, em geral, esse teste é concebido em termos puramente fáticos, tal virada conceitual ocasionaria a identificação – no limite, a confusão – das duas técnicas de controle. Nessa linha, Manfred Gertz sustentou que a avaliação de divergentes parâmetros jurídicos e diferentes níveis de controle, que resultaria na possibilidade de aferir, no interior do teste da necessidade, se o ganho em liberdade e proteção dos direitos fundamentais não está em desacordo com o nível de promoção da finalidade perseguida pelo estado, eliminaria a possibilidade de distinção entre os testes da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>659</sup> Em certo

---

<sup>658</sup> Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 467. Similar: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 39 e 40.

<sup>659</sup> Manfred Gertz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1604. No mesmo sentido, criticando a jurisprudência canadense e afirmando ser essa a razão de inexistirem julgamentos desse país em que se tenha aplicado o teste da proporcionalidade em sentido estrito: Paul Yowell, “Proportionality in



sentido, essa crítica se assemelha à defesa da ponderação realizada pelos partidários da teoria dos princípios. Ponderar e valorar, dizem esses autores, são operações inevitáveis no direito. Assim, para que o teste como um todo ocorra de forma mais transparente, é melhor separar os momentos em que avaliações puramente fáticas ocorrem daqueles em que também valores jurídicos passam a ter de ser considerados.<sup>660</sup>

Por duas razões, tal crítica deve ser afastada. Primeiro, é artificial dizer que a proporcionalidade é uma prova argumentativamente estruturada, quando, na prática, toda análise de questões e problemas jurídicos é transferida para a última etapa da prova. Ahron Barak, por exemplo, segue o pressuposto de que a necessidade é um teste puramente empírico e que toda e qualquer valoração jurídica deve ser reservada para a última etapa da prova da proporcionalidade.<sup>661</sup> Assim, qualquer variação no grau de eficácia das medidas comparadas ou até mesmo a avaliação de direitos outros que não os determinados pela autoridade estatal no momento da promulgação da intervenção são consideradas questões proibidas na análise do teste da necessidade. Para utilizar a metáfora de Rudolf Wendt, para quem a orientação da jurisprudência constitucional faz da adequação um teste cego,<sup>662</sup> tal interpretação da necessidade faz dessa etapa da prova da proporcionalidade um teste mudo, que tem a capacidade de ver e analisar determinados problemas jurídicos da intervenção estatal, mas está impedido de dizer quais são eles. O resultado paradoxal dessa orientação é a concentração da análise de todos os problemas e questões juridicamente relevantes na etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Inflado, esse teste tem então de ser concebido como uma prova geral e ampla, que considera todas as circunstâncias importantes ao caso e simplesmente pondera direitos, valores, ou interesses, sem ter nenhum ponto normativo de orientação. Com tantas expectativas depositadas em um só teste, não admira que ele gere tamanha controvérsia,<sup>663</sup> nem que se afirme que ele é a porta

---

United States Constitutional Law”, p. 93. Similar: Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, p. 395 e ss.

<sup>660</sup> Críticos, nessa linha, da avaliação normativa realizada no interior do teste da necessidade, por considerarem haver nisso uma transferência do conteúdo do teste da proporcionalidade em sentido estrito: Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 13 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 98 e ss.

<sup>661</sup> Nesse sentido: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 325.

<sup>662</sup> Cf. Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 449.

<sup>663</sup> Para uma apresentação dos problemas gerados pela aplicação descontrolada e ampla da ponderação: Joachim Rückert, “Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs”, p. 919 e ss.; Christian Hillgruber, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechprechung des Bundesverfassungsgericht nach 60 Jahren”, p. 962 e ss. Especificamente acerca dos problemas do modelo analítico criado pela teoria dos princípios: Philipp Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker?”, p. 31 e ss.

de entrada e a ocasião para o julgador mascarar suas preferências pessoais com termos e metáforas jurídicas.<sup>664</sup>

Na verdade, a função prática e dogmática de tal crítica é simplesmente ilusória, pois ela afirma, ao mesmo tempo, que a proporcionalidade é um teste analiticamente estruturado, mas transfere para a ponderação a decisão de toda e qualquer questão jurídica relevante e controvertida.<sup>665</sup> Nulas juridicamente, a adequação e a necessidade passam, então, a ser vistas como passos secundários ou como manifestações simplificadas da ponderação que ocorre no final da proporcionalidade.<sup>666</sup> Se, contudo, a distinção teórica entre necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que se baseia a crítica é, na prática, tão precária, qual é o ganho dogmático em afirmar que, em teoria, esses testes podem ser distinguidos? A segunda razão que leva a afastar a crítica é que, mesmo orientados por parâmetros e orientações normativos, os testes da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade podem ser separados. Na verdade, o critério que separa tais testes não está na descrição teórica das características de cada um deles, e sim no modo que cada uma dessas técnicas é operacionalizada. Na necessidade, diferentes opções de intervenção são comparadas com a finalidade de evitar excessos e abusos no exercício do poder estatal. Necessidade é, assim, um teste dinâmico. A proporcionalidade em sentido estrito, ao contrário, contém uma avaliação de só um meio, que é confrontado com a finalidade da intervenção. Ou seja, nesse caso, o teste é estático.<sup>667</sup>

Com vista ao mesmo objetivo, cada uma dessas técnicas oferece, assim, uma perspectiva diferente para a análise dos limites do exercício do poder estatal.<sup>668</sup> Justamente por isso, como já foi aqui constatado, não é possível dizer qual desses testes tem preferência ou antecede o outro. Tanto é possível que uma intervenção necessária seja desproporcional, quanto que uma medida proporcional é desnecessária. No primeiro caso, a norma analisada não pode ser substituída por outra menos restritiva, que tenha grau de eficácia similar em relação ao fim ao apresentado pela intervenção realizada. Mas nada

---

<sup>664</sup> Cf., nesse sentido: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 315; Renata Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, p. 205.

<sup>665</sup> Crítico, nessa linha e com tais fundamentos, da orientação jurisprudencial portuguesa: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 748 e 749.

<sup>666</sup> Similar quanto a esse ponto, criticando os argumentos de Dieter Grimm contra o modelo canadense da proporcionalidade: David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 58.

<sup>667</sup> Nessa linha: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 77.

<sup>668</sup> Cf. Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 223.

impede que, mesmo sem poder ser substituído, o meio implementado seja abusivo e excessivo. Na segunda hipótese, o meio implementado não é em si mesmo abusivo ou excessivo, mas ele pode, sem maiores prejuízos para a realização da finalidade estatal, ser substituído por uma medida similar, mas menos restritiva.<sup>669</sup> Lado a lado, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade são, portanto, dois testes jurídicos, que, por isso mesmo, utilizam parâmetros normativos e dados empíricos para alcançar a finalidade a que se propõem. Não são passos lógicos e teoricamente concatenados para alcançar o maior grau de racionalidade possível. São, ao contrário, diferentes barreiras de contenção do excesso e do abuso do poder estatal, e técnicas diversas, igualmente voltadas para a proteção dos direitos individuais.

## b. Características e questões da prova

Inexistente no modelo original do teste da proporcionalidade e contestado por ser visto como o elemento mais inseguro e a porta de entrada para decisões carregadas de subjetivismo, a proporcionalidade em sentido estrito se tornou um grande depósito de esperanças e, ironicamente, inseguranças jurídicas. Ponderar e valorar são operações inevitáveis e ubiqüitárias ao direito, dizem seus defensores.<sup>670</sup> Assim, a proporcionalidade em sentido estrito se torna o método jurídico por excelência ou, então, a operação em que todas as potencialidades do raciocínio jurídico são condensadas. Concebida em termos teóricos e abstratos como o teste em que pesos relativos de valores em conflito são avaliados,<sup>671</sup> a proporcionalidade em sentido estrito passa a ser o elemento essencial da prova, com base no qual as mais diversas funções dos direitos fundamentais podem ser

---

<sup>669</sup> Nesse sentido, dentre outros: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817.

<sup>670</sup> Sustentando que a ponderação é um elemento necessário de uma sociedade multicultural e conflituosa: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 345. Na mesma linha, a conhecida passagem do mesmo autor, que, atuando como presidente da Suprema Corte de Israel no caso em que se autorizou a execução de civis pela autoridade militar israelense, disse: “Apesar das dificuldades da ponderação, não há outra escolha senão aplicá-la” (HCJ 769/2002, *The public Committee against Torture in Israel vs. The Government of Israel*, j. 11 December 2005).

<sup>671</sup> Por todos, nesse sentido: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 81. Afirmando que, concebida nesses termos, ou seja, nos termos da lei de colisão da teoria dos princípios, a proporcionalidade em sentido estrito não expressa nada além de uma obviedade: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 41.

derivadas. Proteção deficiente,<sup>672</sup> núcleo essencial,<sup>673</sup> enfim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais,<sup>674</sup> são todas derivações, em maior ou menor medida, da concepção ampla do teste da proporcionalidade em sentido estrito. A importância que se confere a essa prova é tamanha a ponto de se defender sua emancipação em relação aos demais testes que compõem a prova geral da proporcionalidade, pois, ao contrário da adequação e da necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito não estaria presa aos termos da relação entre meio e fim.<sup>675</sup>

Defender essa configuração da prova se torna, então, sinônimo da defesa do próprio direito constitucional. Seus opositores, ao contrário, afirmam que a proporcionalidade em sentido estrito é uma prova desnecessária, com pouca utilidade prática na jurisdição constitucional.<sup>676</sup> Sustentam que as ponderações e valorações contidas nessa prova resultam em julgamentos políticos, que ultrapassam a competência jurisdicional do órgão de controle,<sup>677</sup> e que, ao ponderar direitos fundamentais contra argumentos morais, os tribunais desconsideram a função jurídica dessas normas.<sup>678</sup> Dizem, enfim, que a tentativa de racionalizar e formalizar essa prova eliminaria o conteúdo moral dos direitos fundamentais e os converteria em peças e elementos de uma operação matemática.<sup>679</sup> Em

---

<sup>672</sup> Observando que a proteção deficiente é simplesmente uma decorrência da admissão das ideias de colisão e ponderação de princípios: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 173.

<sup>673</sup> Para a concepção do núcleo essencial dos direitos fundamentais como conceito relativo, ou seja, como consequência da aplicação da proporcionalidade em hipóteses de colisão de princípios: Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 197.

<sup>674</sup> Nessa linha, ponderando a autonomia privada e direitos fundamentais que com ela entrem em colisão: Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 220; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 259 e ss.

<sup>675</sup> Sustentando que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito independe da aferição da relação entre meio e fim da intervenção estatal: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 47; Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 173. Similar: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 103.

<sup>676</sup> Cf., nesse sentido: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 829. Similar, afirmando que as conclusões tiradas da prova da proporcionalidade em sentido estrito simplesmente repetem as que decorrem da necessidade: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p.

<sup>677</sup> Sustentando que, por força da separação de Poderes, não é dado do Poder judiciário ponderar as decisões e valorações realizadas pelo Poder Legislativo: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, p. 461, conclusão que, segundo o mesmo autor, não deve ser estendida às decisões dos demais Poderes.

<sup>678</sup> Com diferentes abordagens, sustentando que a ponderação de direitos fundamentais elimina o caráter normativo desses parâmetros constitucionais: Francisco J. Urbina, “A critique of Proportionality”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 57, issue 1 (2012): 49-80, p. 62 e ss.; Basak Çali, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, p. 266; Grégoire Webber, *On the Loss of Rights*, p. 19; Timothy Endicott, *Proportionality and Incommensurability*, Legal Research Paper Series, Oxford University, 2013, p. 20 e ss.

<sup>679</sup> A tentativa de fazer da proporcionalidade uma prova em que são avaliados foi originalmente defendida por Hubmann em artigo publicado em 1956: Cf. Heinrich Hubmann, “Grundsätze der Intessenabwägung”,

meio a essa guerra declarada, a proporcionalidade em sentido estrito submerge cada vez mais em incertezas e perplexidades.

Em termos dogmáticos, os problemas da identificação dessa prova com a ponderação de princípios constitucionais estão menos nas inseguranças argumentativas e racionais geradas por tal concepção e mais na instabilidade e nas incertezas de seus parâmetros técnicos. Sobretudo porque as metáforas da ponderação e da colisão de princípios exigem a correção de valores abstratos e concretos, não há parâmetros constitucionais seguros e estáveis que possam guiar a comparação cruzada entre tais valores.<sup>680</sup> Sem poder recorrer a esse elemento de estabilização, a proporcionalidade em sentido estrito se converte em um instrumento voltado a relativizar e flexibilizar normas constitucionais. Com a generalização e a expansão da utilização da ponderação, o dano causado pela proporcionalidade ao trabalho dogmático se intensifica, pois, ao ser concebido como o teste que avalia todas as condições jurídicas e fáticas incidentes no caso, ele substitui as funções de todos os outros parâmetros e técnicas normativas.<sup>681</sup> Fonte de incertezas e uniformizações, não de orientações, a proporcionalidade em sentido estrito, quando identificada com a ponderação de princípios, se torna assim o oposto de todo o esforço dogmático.<sup>682</sup> Enfim, ao ser integrada nessa espiral de relativizações, a prova da proporcionalidade como um todo é deslocada de sua função de defesa e orientação de condutas. Utilizada com fundamento na mera constatação de conflitos de valores e desprovida de parâmetros abstratos e finalidades específicas, ela passa a ser compreendida como a realização de um ideal de justiça, aplicado no caso concreto. *Lex situationis*.<sup>683</sup>

Para que a prova seja recomposta e readquira suas funções dogmáticas, é preciso rever o pressuposto básico da concepção da proporcionalidade em sentido estrito, que é a

---

*AcP* 155 (1956): 85-134. Crítico a esse respeito, afirmando que Hubmann não consegue demonstrar a existência de uma relação cardinal entre valores de direitos fundamentais: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 102 a 105.

<sup>680</sup> A esse respeito: Florian Windisch, “Abwägung: total, formal oder strukturiert?”, p. 71. Direto ao ponto, observando que os pontos de orientação, ou comparação, escolhidos pelos defensores da ponderação são, em si mesmos, incomparáveis: Timothy Endicott, *Proportionality and Incommensurability*, p. 8.

<sup>681</sup> Identificando a tendência à uniformização de conceitos e técnicas dogmáticas como um dos problemas da utilização da ponderação: Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, p. 157; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 201. Na mesma linha, afirmando que uma teoria que concentre todos os mecanismos jurídicos de interpretação em uma só técnica pode ser elegante, mas é também irrealista: Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the age of Balancing”, p. 1003.

<sup>682</sup> Nessa linha: Jochen von Bernstorff, “Proportionality without ad hoc balancing”, p. 70.

<sup>683</sup> Nesse sentido, afirmando que, ao incorporar a ponderação, a proporcionalidade se torna a lei da situação: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 833; Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 240.

fonte geradora do debate acalorado a seu respeito. É necessário saber se é realmente possível construir um novo modelo, em que, sem se identificar com a ponderação, o último passo da prova geral da proporcionalidade volte a ter relevância prática e orientação dogmática. Um modelo e uma concepção que devem ser, portanto, guiados pelas funções específicas da proporcionalidade e por parâmetros abstratos e jurídicos, contidos e baseados em previsões normativas, que são desenvolvidos e atualizados, um a um, pelo trabalho interpretativo da dogmática. As bases desse modelo são apresentadas no item final desse trabalho. Seu desenvolvimento posterior é uma tarefa reservada a trabalhos futuros, que voltem suas atenções para a tarefa árdua, metódica e pormenorizada, que pode levar à reconstrução e ao renascimento da proporcionalidade.

### c. Proposta de reconstrução

Os pressupostos elementares da reconstrução da proporcionalidade em sentido amplo já foram apresentados. Redirecionada para seu curso original,<sup>684</sup> essa prova não tem mais o caráter generalizante e indeterminado que lhe foi atribuído pela jurisprudência dos valores e pela teoria dos princípios. Ela tem finalidade e objetivo específicos: proteger os titulares dos direitos fundamentais contra intervenções estatais excessivas. Por isso mesmo, sua aplicação se restringe aos casos em que a medida interventiva comprovadamente exista. Não é o que ocorre quando se trata de avaliar a promoção de direitos sociais ou a criação de instituições públicas. Nesses casos, o controle de proporcionalidade se afasta e dá lugar ao debate democrático ou a outras formas de controle jurídico de omissões estatais.<sup>685</sup> Em todos os pontos da análise aqui desenvolvida, tais características e objetivos da prova estavam presentes. Não é diferente o que ocorre com proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>684</sup> Com base nas noções do direito policial e na ideia de excepcionalidade do controle do exercício de atos discricionários, von Krauss sustentou que o controle jurisdicional de proporcionalidade é guiado pelas ideias de arbitrariedade e desproporção evidente e crassa (*offenbarem oder krassen Mißverhältnis*) entre os efeitos da intervenção na liberdade individual e seus ganhos para o interesse público: Cf. Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 16. Critérios semelhantes, que utilizam parâmetros como “a manifesta preponderância do favoritismo” ou “a autoridade [que] exorbitou”, foram utilizados por Victor Nunes Leal para determinar a intensidade do controle jurisdicional. Passagens citadas: Victor Nunes Leal, “Poder discricionário e ação arbitrária”, p. 292.

<sup>685</sup> De longa data, sustentando que a proporcionalidade não tem aplicação ou influência no controle estatal da atividade econômica: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 146. Recentes e na mesma linha: Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 234; Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 230.

Libertado das metáforas da colisão e da ponderação de princípios e valores, esse teste volta a ser um exame de excessos de intervenção, que, por isso mesmo, independe da consideração dos pesos relativos dos valores em jogo.<sup>686</sup> O que se avalia nessa etapa não é mais a harmonização ou a otimização dos direitos fundamentais afetados pela medida estatal. Seus parâmetros de controle são, ao contrário, a desproporção, o excesso e a arbitrariedade da medida restritiva.<sup>687</sup> Lothar Hirschberg critica essa orientação. Tal formulação da prova, por ele denominada de sentido negativo da proporcionalidade em sentido estrito,<sup>688</sup> levaria à criação de uma zona cinzenta de proteção dos direitos fundamentais, em que, apesar de o magistrado constatar a desproporção dos valores em colisão, não pode julgar a inconstitucionalidade da norma avaliada. A feição negativa da proporcionalidade em sentido estrito se identificaria, por isso, com a contenção da intensidade do controle exercido pelo Judiciário.<sup>689</sup>

Há dois problemas nessa crítica. Primeiro, se existem ou não zonas cinzentas, em que a prova da proporcionalidade não tem aplicação, é uma questão que deve ser resolvida pela definição da extensão e sentido da proteção constitucional de cada direito fundamental. Enquanto prova jurídica dos limites da intervenção estatal nesses conteúdos, a proporcionalidade não tem o poder de criar maiores ou menores níveis de proteção. Nem de transformar zonas cinzentas em claras ou escuras. Ela simplesmente reflete os conteúdos protegidos já existentes e, com base nesses parâmetros, contém eventuais ações estatais que interfiram nesse âmbito. Dessa forma, a proporcionalidade passa a servir também como um indicativo da margem de liberdade do Legislador, pois a intensidade e a extensão do teste aplicado são pontuais e se relacionam com o conteúdo específico protegido por cada direito fundamental. Sem estar ligada à busca pela otimização, a proporcionalidade volta a ser, assim, uma técnica a serviço da separação dos Poderes.

---

<sup>686</sup> No mesmo sentido, com base na jurisprudência norte-americana e sul-africana: Jochen von Bernstorff, “Proportionality without ad hoc balancing”, p. 83.

<sup>687</sup> Utilizando tais parâmetros: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 325; Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 575; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 852; Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, p. 619; Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1604, Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 35.

<sup>688</sup> Adotando essa mesma terminologia, mas falando em ponderação negativa, que ocorreria quando a prova da proporcionalidade se dirige à avaliação e possível invalidação de decisões prévias. Nesse sentido, a ponderação negativa se opõe à positiva, que, segundo da mesma autora, é a ponderação propriamente dita, que decorre diretamente da relação de precedência condicionada dos princípios constitucionais: Cf. Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 209 a 212.

<sup>689</sup> Cf. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 96.

Por sua vez, o argumento de que a feição negativa da prova é simplesmente um apelo à contenção da intensidade do controle exercido pelo órgão jurisdicional tem fundamento em uma constatação correta, mas dela infere consequências problemáticas, que, aplicadas à proporcionalidade, são erradas. Certa, nesse caso, é a constatação de que, como todos os órgãos estatais estão igualmente vinculados aos parâmetros constitucionais que garantem direitos fundamentais, não é possível determinar e distinguir, em abstrato e sem nenhuma base normativa, os níveis de vinculação diferentes dos direitos em função de seus destinatários.<sup>690</sup> Para que haja uma variação desse grau de vinculação é preciso, ao contrário, que o próprio conteúdo normativo do parâmetro indique uma distinção. É o que ocorre no caso da comparação entre atos legislativos e executivos: nesse caso, a amplitude do parâmetro normativo, que, no segundo caso, é legal e, no primeiro, constitucional, é o fator determinante dos diferentes níveis de intensidade da vinculação da prova da proporcionalidade.<sup>691</sup>

O problema se agrava quando o que está em questão é a distinção entre o legislativo e os tribunais competentes para realizar o controle de constitucionalidade, seja pela via principal ou incidental, pois ambos se encontram vinculados aos mesmos parâmetros: as normas constitucionais. A distinção entre normas de controle e normas de ação foi uma das propostas para que esse problema fosse solucionado. Com isso, procurou-se distinguir, com base em um parâmetro abstrato, as extensões e os limites dessas competências.<sup>692</sup> Não admira que tal distinção tenha sido tão duramente criticada, pois ela

---

<sup>690</sup> Com razão, nesse sentido: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 193. Problemática, portanto, a proposta de Sebastian Lenz, que, afastando a possibilidade de colisões abstratas de direitos fundamentais e com base na distinção entre configuração e intervenção no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, sustenta que o legislador civil não se encontra vinculado a parâmetros constitucionais: Cf. Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, p. 188 e ss. Parece ser mais coerente com o texto constitucional preservar o pressuposto de que todos os atos do Poder público que afetem o conteúdo protegido por parâmetros constitucionais, não importa a área ou matéria, estão em alguma medida vinculados aos parâmetros constitucionais. O que pode ocorrer é a variação da intensidade da vinculação do trabalho do Legislador em função da generalidade da norma editada e, conseqüentemente, do grau de intervenção que dela decorre. Nessa linha, com base na jurisprudência constitucional: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 269.

<sup>691</sup> Cf. Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 451.

<sup>692</sup> O critério que determina tal distinção é funcional. Normas de controle são as que vinculam a atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade. Normas de ação são aquelas que vinculam o legislador. O detalhe é que a mesma norma, quando aplicada por órgãos diferentes, pode assumir feições e níveis de vinculação diferentes. Klaus Schlaich e Stefan Koriath ilustram tal distinção com o exemplo do direito geral de igualdade: enquanto norma de ação, esse parâmetro constitucional exige que o Legislador trate iguais como iguais e desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade. Como norma de controle, ao contrário, a igualdade incide só quando a norma confrontada com tal parâmetro for arbitrária (Cf. Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 312). Mesmo nesse caso, a distinção é problemática, pois o controle de igualdade também assume diferentes aspectos e intensidades em função da



admite que, mesmo quando as normas constitucionais sejam aplicáveis ao caso, o órgão de controle poderá, considerando o maior grau de legitimação do legislador, deixar de utilizar esses parâmetros jurídicos. Algo semelhante ao que ocorre quando a teoria dos princípios insere a noção de princípios formais no debate a respeito do âmbito de liberdade do legislador: aqui também se afirma que, mesmo quando os parâmetros constitucionais, que, nesse caso, foram transformados em princípios, indiquem uma solução para o conflito, o órgão de controle deverá se abster de exercer sua competência por força da deferência à competência legislativa.<sup>693</sup>

Mas é exatamente o oposto que ocorre quando a proporcionalidade passa a ser concebida como prova negativa, voltada a conter intervenções estatais. O pressuposto básico dessa concepção é que a proporcionalidade não se encontra mais vinculada ao pensamento de valores objetivos ou princípios, entendidos como mandamentos de otimização. Ela é um instrumento jurídico, ativado quando e na medida em que o Estado interfere no exercício de garantias pontuais de direitos previstos no texto constitucional. Para que ela seja aplicada, não é necessário, assim, pressupor a distinção entre normas de controle e normas de ação. Os parâmetros constitucionais, seus sentidos específicos e definições, já resolveram esse problema com base em parâmetros precisos: quando e na medida em que o texto constitucional e seu sentido normativo e dogmático indicar que o Legislador está vinculado ao conteúdo do direito fundamental, que, nesse caso, não pode mais ser compreendido como valor ou norma objetiva, a competência de controle de constitucionalidade será realizada em sua integridade. Caso contrário, ou seja, uma vez que os parâmetros constitucionais e dogmáticos silenciem a esse respeito, o ato legislativo de criação do direito ocorrerá com toda liberdade.

Em sua lógica e sentido, esse modelo se opõe ao adotado pelas teorias que veem os direitos fundamentais como valores ou princípios. Uma vez que as normas constitucionais voltaram a ser vistas como parâmetros de proteção de direitos subjetivos e não são mais equiparadas a valores objetivos, a ação do Legislador deixa de ser, em princípio, vinculada. Ao contrário, ela é, em regra, livre e só pode ser limitada quando a Constituição apresente

---

configuração do parâmetro normativo constitucional e também em função do direcionamento da ação discriminatória. Com isso, o sentido e a configuração da norma de ação terminam por influir na intensidade e na incidência da norma de controle, e a distinção deixa, assim, de ter relevância.

<sup>693</sup> Nessa linha: Shu-Perng Hwang em: “Verfassungsgewichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, p. 619; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 83; Klaus Meßerschmidt, “Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 61 (2002), p. 179.

barreiras específicas ao seu exercício.<sup>694</sup> A feição negativa da prova, que busca afastar e conter abusos do exercício do poder estatal de intervir, é simplesmente um reflexo dessa orientação. Mas, ao mesmo tempo em que espelha essa liberdade de criação do Legislador, a proporcionalidade também indica e efetiva os limites excepcionais a que ele se encontra sujeito. Instrumento de defesa, a proporcionalidade simplesmente exige que o Estado justifique a intervenção nesses conteúdos e, para isso, trabalha com parâmetros fixos definidos pela relação entre medida estatal restritiva e sua finalidade.<sup>695</sup> Enfim, sem recorrer às metáforas da ponderação de valores, o parâmetro de controle volta a ser único e direto: contenção de excessos. E nesse ponto a proporcionalidade se distingue da noção de concordância prática, que, com fundamento na ideia de unidade da Constituição, se destina a aferir a harmonização e a otimização de normas constitucionais sem reserva legal.<sup>696</sup>

Tal configuração da proporcionalidade pode ser denominada prova negativa em oposição ao modelo positivo, que, combinado com a ponderação, identifica os atos de interpretação e criação de direito realizados pelo órgão de controle.<sup>697</sup> No caso da prova negativa não se trata mais de buscar que níveis ótimos de ponderação, ou de harmonização, de princípios ou valores em colisão sejam alcançados. Nessa configuração, a prova se afasta da busca de um ideal de racionalidade que legitime o ato de ponderação e a consequente expansão da competência jurisdicional de controle. Proporcionalidade é agora uma técnica e um instrumento de contenção de ações estatais restritivas do conteúdo protegido por direitos fundamentais e voltou, assim, a ser considerada um instrumento jurídico de controle de constitucionalidade, entre tantos outros.<sup>698</sup> Mas, como todas as técnicas de controle, sem distinção, são guiadas pela ideia da competência sancionatória, ou negativa, do órgão jurisdicional de controle, não tem sentido dizer que a proporcionalidade é uma técnica de controle negativa, quando todos os instrumentos de controle detêm essa mesma característica. Ao invés de chamar tal configuração da

---

<sup>694</sup> Dentre outros, defendendo esse modelo: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 168; Reiner Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, p. 505.

<sup>695</sup> Identificando essa configuração da proporcionalidade com sua origem no direito policial: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, p. 53.

<sup>696</sup> Nessa linha, acentuando essa distinção: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 576. Em sentido diverso, propondo a integração da ideia de concordância na prova da proporcionalidade: Marcus Schladebach, “Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip”, p. 273.

<sup>697</sup> Para uma crítica dessa identificação, com foco na proposta da teoria dos princípios: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 232 e ss.

<sup>698</sup> Semelhante: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 180.

proporcionalidade de prova negativa, é melhor, portanto, denominá-la simplesmente modelo dogmático, que, nesse sentido, se opõe ao modelo teórico e universal da proporcionalidade.

Sem depender da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito pode então solucionar um problema que assola o modelo teórico. A questão da incomensurabilidade de valores simplesmente desaparece quando se adota o sentido dogmático da prova. Nesse caso, afinal, não se procura mais encontrar a justa medida e determinar os pesos relativos dos princípios ou valores dos direitos fundamentais em colisão. Incomensurabilidade, entendida como ausência de uma escala cardinal de valores, ou incomparabilidade, entendida como a situação em que dois ou mais valores não podem ser relacionados a um elemento comum, não são mais a questão central da prova.<sup>699</sup> Importante é saber se a intervenção ultrapassou a barreira do excesso, e esse limite é determinado pela proteção constitucional do direito, isoladamente.<sup>700</sup> Basta, então, avaliar as situações anteriores e posteriores à intervenção estatal no conteúdo do direito fundamental e considerar o sentido normativo desse parâmetro constitucional para concluir se há ou não uma intervenção excessiva. Recorrendo à jurisprudência constitucional norte-americana e sul-africana, Jochen von Bernstorff apresenta dois casos que ilustram essa configuração da prova. Perseguindo um jovem desarmado, suspeito de ter cometido um assalto, a polícia de Memphis utilizou da força letal, sem que o acusado em nenhum momento tenha demonstrado perigo aos seus perseguidores. A ação policial foi justificada com base de uma lei do Estado do Tennessee, de acordo com a qual oficiais de polícia estão autorizados a utilizar os meios necessários para realizar a prisão de suspeitos.

No julgamento do caso, a Suprema Corte considerou inconstitucionais todas as interpretações dessa norma que autorizassem o uso da força letal quando o acusado não apresente perigo emitente à integridade física de policiais ou outros cidadãos.<sup>701</sup> A identificação do limite do excesso do uso da força independe, portanto, do eventual benefício dessa medida para a ordem ou segurança públicas. Em si mesma, a intervenção

---

<sup>699</sup> Dentre outros, apresentando essa distinção desses conceitos: Cass R. Sunstein, “Incommensurability and Kinds of Valuation”, in: Ruth Chang, *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997, p. 241.

<sup>700</sup> Em sentido similar, sustentando que, na proporcionalidade, a avaliação das restrições dos direitos é individual e isolada e, por isso, independe de comparações ou ponderações com direitos colidentes: Bruce Chapman, “Incommensurability, proportionality, and defeasability”, *Law, Probability and Risk* 12 (2013): 259-274, p. 268.

<sup>701</sup> *Tennessee vs. Garner* 471 US 1, 2 (1985).

excessiva é inconstitucional.<sup>702</sup> No precedente sul-africano, a Corte constitucional julgou a validade de um dispositivo legal que autorizava a aplicação de açoitamento de jovens como medida de correção. Em defesa do estatuto, a entidade estatal argumentou que a substituição dessa punição pressuporia a formação de pessoal capacitado e gastos que, naquele momento, não podiam ser suportados pelo Governo. Por isso, seguindo os passos do teste da proporcionalidade, a norma foi considerada adequada, por fomentar a segurança pública e também necessária, porque medidas alternativas exigiam custos adicionais. Mas foi declarada a inconstitucionalidade dessa norma, vista pela Corte como desproporcional em sentido estrito e, para chegar a essa conclusão, basta considerar o dano causado por tal intervenção agressiva na integridade física e psicológica dos que a ela são submetidos. Mais uma vez, a ponderação não é necessária.<sup>703</sup> Em ambos os casos, a aplicação da proporcionalidade é guiada pelo sentido de proteção do parâmetro constitucional. Ela desconsidera o valor contraposto ao direito restringido e simplesmente indica que, da forma como foi efetivada, a intervenção é excessiva. Guiada por regras gerais e parâmetros normativos constitucionais, o resultado da prova não é mais, portanto, determinado única e exclusivamente pelas circunstâncias do caso. Proporcionalidade não é mais a simples realização concreta de um ideal de justiça. Orientada pelo conteúdo normativo do parâmetro constitucional, ela também fundamenta a aplicação de casos futuros, pois não importa mais o eventual interesse ou valor que venha a colidir com o resultado do julgamento. Sem estar mais atrelado à ponderação, o teste orienta e fundamenta julgamentos futuros e a proporcionalidade se torna, com isso, um ponto de orientação prático e um fundamento para ação. Não é mais o ponto zero e sim a fonte do desenvolvimento da dogmática.<sup>704</sup>

Mesmo quando a justificação da medida restritiva seja a promoção ou a proteção do conteúdo de outro direito fundamental, em outras palavras, quando a razão da intervenção seja a não intervenção em outro direito fundamental, a prova da proporcionalidade em sentido estrito dispensa o recurso da ponderação. Nesse caso, ocorre simplesmente a duplicação da situação anterior, e a análise da intervenção estatal envolverá duas

---

<sup>702</sup> Critério semelhante, mas relacionado aos limites da liberdade de imprensa, é utilizado pela Suprema Corte norte-americana desde o julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio*, 395 US 444, 447 (1969): limitações e restrições à liberdade de expressão são constitucionalmente autorizadas somente quando o exercício de tal direito represente um perigo concreto e iminente aos interesses de terceiros. Na jurisprudência alemã recente, adotando orientação semelhante: BVerfGE 124, 300 - *Wunsiedel*.

<sup>703</sup> *The State vs. Henry Williams and Others*, CCT/20/94, 1995 (3) SA 632.

<sup>704</sup> Cf. Jochen von Bernstorff, "Proportionality without ad hoc balancing", p. 77 e ss.

avaliações separadas: a do grau de intervenção no direito efetivamente restringido e a da restrição que decorreria da inexistência da medida questionada. Relacionados diretamente com a ação estatal restritiva, os direitos fundamentais não se comunicam diretamente entre si. Eles se direcionam, em paralelo, à ação estatal e impõem ao Estado o dever de justificar a intervenção em seu conteúdo. Aqui a proporcionalidade age, portanto, em cada uma das possíveis restrições da ação estatal e avalia, em separado, se houve ou não excesso. Hipótese que pode ser multiplicada e replicada: quando houver dois, três, quatro, oito direitos fundamentais restringidos pela ação estatal, a proporcionalidade avaliará uma a uma as limitações sob a ótica da contenção do excesso. Mais uma vez não ocorre uma comparação cruzada de valores ou princípios em colisão. Os únicos parâmetros que definem se e quando a norma é desproporcional são o conteúdo do próprio direito e a intensidade da intervenção estatal. Sem ponderação, portanto.<sup>705</sup>

As hipóteses e peculiaridades do conflito podem ser multiplicadas e, com isso, a complexidade da prova é aumentada. Se as múltiplas intervenções se direcionarem a sujeitos em situações simétricas, a prova da proporcionalidade em sentido estrito será aplicada isoladamente e visará simplesmente aferir se houve excessos de intervenções. Se, todavia, a ação estatal se dirigir a indivíduos que se encontram em situação assimétrica, ou seja, quando um dos afetados é mais favorecido que o outro, será possível cogitar a aplicação simultânea da proporcionalidade em sentido estrito e da igualdade. Nessa hipótese, uma das soluções possíveis seria exigir que o controle de proporcionalidade considerasse as distinções e desigualdades existentes e fomentasse, com base e na medida dessa constatação, a simetria entre os afetados. Orientada não só pela noção de excesso, mas também pela busca da eliminação de distribuições assimétricas de direitos, a aplicação da prova levaria à declaração da inconstitucionalidade de medidas não excessivas que contribuíssem para o aumento da situação de desigualdade.<sup>706</sup>

Outra solução dessa mesma hipótese seria considerar que ao Judiciário não é dado interferir em desigualdades quando tais situações não foram geradas pelo próprio Estado. Enquanto parâmetros de defesa, liberdade e igualdade não exigiriam, nesse sentido, que a atividade estatal criasse situações e condições de igual distribuição de direitos na sociedade. Seu objetivo seria somente criar mecanismos e parâmetros jurídicos para que os

---

<sup>705</sup> Nessa linha: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 201 e 202.

<sup>706</sup> Considerando essa hipótese: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 215.

indivíduos pudessem autonomamente criar essas condições.<sup>707</sup> Nesse ponto, contudo, o trabalho e a função da proporcionalidade terminam, e entram em cena a concepção e o sentido específico dos direitos constitucionais. Prova de que o objeto dessa investigação foi esgotado, e seu objetivo, alcançado: não devemos mais olhar para o passado ou para um modelo puramente abstrato da prova da proporcionalidade. Importante é agora analisar os pormenores de sua aplicação concreta, que considere o sentido normativo de cada direito fundamental em específico. Assim, em seu futuro, a proporcionalidade não é mais a fonte de suavizações ou nivelções de parâmetros constitucionais.<sup>708</sup> Ela é o caminho para sua reconstrução e revalorização.

## E. Conclusões

Fim do percurso de reconstrução. Libertada de ideais e abstrações, a proporcionalidade agora pode ser reconduzida ao trilho da dogmática. Ela é um instrumento jurídico de contenção do poder, não cria direitos ou deveres, preserva a noção de separação dos Poderes e tem um objetivo específico para sua aplicação: a defesa dos titulares dos direitos fundamentais contra abusos e excessos do poder estatal interventivo. Para chegar a esse resultado, foi preciso voltar às origens do teste, desde sua concepção no direito policial prussiano. Apresentados seus pressupostos e características, em tal feição, a prova se revelou como um instrumento de contenção do exercício abusivo do poder estatal, que tinha variadas aplicações, em função da amplitude da noção material de polícia no direito prussiano. Em um segundo momento, por força de mudanças de orientações políticas e jurídicas, a noção de polícia estatal foi alterada e, com isso, foi desvinculada do teste da proporcionalidade, que foi transplantado para o direito constitucional.

Em seu novo habitat, esse teste encontrou as condições propícias para sua transformação. Noções éticas e morais, a ordem objetiva de valores, direitos em si mesmos ilimitados, a busca da superação de um passado traumático, o direito visto como um instrumento catalisador de mudanças consideradas valiosas pela sociedade, tudo isso formava o amálgama de valores do período de transição constitucional em que a proporcionalidade foi inserida. Intimamente vinculada à ponderação de valores, seu

---

<sup>707</sup> Nesse sentido: Ralf Porcher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 342.

<sup>708</sup> “Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe” (Fritz Ossenbühl, *VVDStRL* 39 (1981) p. 189).

objetivo passaria, então, a ser a criação de condições para que todos os direitos, sejam eles fundamentais ou não, sejam relativos, limitáveis e maleáveis. E sua missão somente estaria completa quando toda a ordem constitucional sucumbisse a este ideal totalizante e calidoscópico: a noção e o conceito de cada direito teria de estar condicionada à solução da colisão dele com outros valores, sejam eles individuais ou coletivos, que com ele venham a se chocar. O percurso de transformação da proporcionalidade se mostra, assim, como o caminho da criação de um instrumento universal e geral, que não se importa mais com o conteúdo ou as especificidades de cada direito fundamental, cujas características e sentido não podem mais ser determinadas pela dogmática constitucional, e que, enfim, não pode mais ser contido em sua pretensão universalizante, pois valores tendem a colidir e a proporcionalidade e a ponderação são as únicas vias para a solução desses impasses. Ao fim de sua transformação, proporcionalidade, valores e ponderação desafiam a própria Constituição: não importa mais o que prevê o texto constitucional, pois, como direitos são valores, e esses, em virtude de sua lógica interna, tendem a colidir, a possibilidade de choques e da limitação recíproca de tais normas tende a ser infinita, e a extensão das potenciais aplicações da proporcionalidade, vista como um instrumento de harmonização, indefinida. Esse é o modelo da ponderação da prova, que, no contexto traumático da década de 1950, surgiu na Alemanha em meio à esperança de reconstrução de um país e uma cultura em frangalhos. Concebido nesse período de refundação, esse modelo tinha o objetivo específico de superar fatos, teorias e orientações dogmáticas vigentes e seguidas pelo regime deposto. As influências dessa configuração da prova persistem até hoje.

Seguir os passos dessa transformação progressiva e silenciosa do conceito e funcionamento da proporcionalidade é acompanhar seu processo de desenraizamento dogmático. Para a jurisdição constitucional alemã, *Lüth* e *Apotheke* foram os pontos decisivos de tal transição. No primeiro precedente, as condições e pressupostos de uma nova matriz dogmática dos direitos fundamentais foram lançadas. Da clivagem entre as funções subjetiva e objetiva dessas normas decorrem todos os nomes e conceitos que passaram a povoar o imaginário do direito constitucional: eficácia horizontal, ou entre os particulares, colisão, sopesamento, valores, ponderação. *Apotheke* inseriu, de forma definitiva, o teste da proporcionalidade nesse contexto e consolidou as bases para sua transformação. Seus desenvolvimentos posteriores, inclusive a criação da polêmica figura da proibição da proteção deficiente, buscam fundamento nas ideias elementares criadas nesse período de fundação do modelo da ponderação: o relativismo de direitos e valores só

se completa quando a proporcionalidade se converte em seu contrário e, ao invés de proteger direitos e proibir excessos, ela passa a criar direitos, obrigações e deveres. Sem ponto de orientação ou contornos dogmáticos, a proporcionalidade é lançada ao mar da ponderação.

Quando o processo de transição e transformação do teste da proporcionalidade já apresentava seus problemas e paradoxos, a teoria dos princípios surge com a promessa de salvação do modelo da ponderação. A tábua de salvação oferecida por essa proposta teórica está na distinção, tirada do debate anglo-americano acerca da natureza dos direitos aplicados em casos difíceis, entre regras e princípios. Conectada a tais noções gerais, a proporcionalidade ganharia, segundo tal formulação, contornos teóricos e racionais, pois sua aplicação definiria a própria configuração estrutural dos direitos fundamentais: se submetidos à ponderação são princípios, caso contrário, ou seja, se aplicados via mera subsunção, são regras. O caos de conceitos e noções vagas criados no período de transição para o modelo da ponderação ganha, então, ares de cientificidade. Proporcionalidade, colisão e ponderação se apresentam como elementos necessários da estruturação de todo o raciocínio jurídico que se pretenda claro, transparente e racional. Mais do que geral, o teste passa então a ser visto como um elemento conatural ao próprio direito constitucional: sem a proporcionalidade não há racionalidade decisória possível e sem isso não há legitimidade para a realização do controle jurisdicional de constitucionalidade. Foi a deixa para que não só os direitos fundamentais, mas também normas definidoras de competências e a própria definição do âmbito de liberdade do legislador fossem concebidas como decorrências da ponderação de princípios e, em consequência, da proporcionalidade. O projeto da teoria dos princípios se revela, então, como um elemento catalisador da tendência expansionista do modelo da ponderação, que foi criado no período de transição. As fórmulas, notações e raciocínios lógicos de tal proposta teórica são instrumentos destinados a potencializar a tendência universalizante desse modelo da proporcionalidade. Mas quando essa pretensão de universalidade e racionalidade atinge seu grau máximo, os problemas mais graves da teoria dos princípios e do modelo da ponderação surgem com toda sua força.

Ponto zero científico e dogmático. Esse é o primeiro efeito da redução de toda a argumentação jurídica ao mínimo denominador da proporcionalidade, entendida como mecanismo de ponderações de princípios, que, por sua vez, são compreendidos como mandamentos de otimização. Sem possibilidade de falsificação, a ciência da teoria dos princípios não está sujeita a contraprovas, e, sem isso, seu desenvolvimento se resume ao



refinamento ou rediscussão dos pressupostos já lançados por seu precursor. E seus devotos seguidores se comportam como se eles fossem os participantes do jogo dos jogos, descrito por Hermann Hesse como aquele que, “sob a influência da variada hegemonia, ora desta ora daquela ciência, ora desta ora daquela arte, transformara-se numa espécie de linguagem universal, em que os jogadores, por meio de símbolos com profundo significado, podiam exprimir certos valores culturais e relacioná-los entre si”.<sup>709</sup> A regra e o objetivo do jogo criado pela teoria dos princípios estão condensados nas noções de limitação, colisão e ponderação de direitos. Como a vocação expansiva dos princípios só pode ser freada pela colisão com princípios contrapostos, do que é derivada uma regra específica para o caso, ou, então, pela existência de uma regra anterior, ela mesma derivada da ponderação de outros princípios também aplicáveis à questão, a teoria dos princípios opera uma redução de todo o arsenal da dogmática dos direitos fundamentais a duas operações básicas e contrapostas: subsunção e ponderação. E ao ser reduzida a níveis tão elementares, a dogmática perde seus elementos e características essenciais e sucumbe frente à pressão e apelo da casuística: não há mais ponto de estabilização ou orientação do trabalho jurídico que não possa ser reduzido à obviedade da afirmação de que direitos, dentre eles, os fundamentais, são razões, que, contrapostas, apresentam uma dimensão de peso, a qual, enfim, deve ser avaliada em cada caso. Ponto zero e dissolução da dogmática.

A proposta de reconstrução da proporcionalidade rejeita essas generalizações. Seu pressuposto mais elementar está na recondução da prova aos pressupostos e objetivos que influenciaram sua criação. Sem negar as peculiaridades constitucionais da prova, o projeto de reconstrução tem por fundamento o realinhamento da proporcionalidade a sua função de defesa dos direitos fundamentais. Ela volta a ser um elemento de contenção do exercício abusivo do poder estatal e suas características e pressupostos de aplicação voltam a ser encontrados nas definições dos conteúdos protegidos por cada direito fundamental. Esses, por sua vez, deixam de ser concebidos como valores com tendência expansiva, que, em cada caso de aplicação duvidosa, colidem e, com isso, tendem a suplantam e anular os valores contrapostos. Em sentido técnico e dogmático, direitos fundamentais são, ao contrário, concebidos como normas pontuais de defesa e estabilização de situações e conteúdos protegidos. Dessa forma, tal proteção constitucional é direcionada em paralelo contra o estado e a favor de seus titulares. Em concreto, não há colisão. Proporcionalidade é, sob tais pressupostos, o limite técnico de eventuais limitações que incidam sobre o

---

<sup>709</sup> Hermann Hesse, *O jogo das contas de vidro*, 2ª ed., São Paulo Brasiliense, 1969, p. 23.

conteúdo protegido dos direitos fundamentais. Limite de limites. E ao realizar tal tarefa, a prova não define o conteúdo de direitos fundamentais, quanto menos cria novos direitos ou deveres. Ela simplesmente espelha a proteção constitucional dos conteúdos dos direitos fundamentais. É uma técnica voltada à falsificação, ou seja, à prova da invalidade das intervenções estatais, que, tal qual todo e qualquer instrumento jurídico de controle de constitucionalidade, está fundamentada na concepção de controle negativo. Sendo assim, para que tal modelo da proporcionalidade seja contraposto ao modelo da ponderação, não basta indicar que, ao ser reconstruída, a prova volta a ter função negativa. O elemento diferenciador e que identifica o modelo que surge após o percurso do processo de reconstrução da proporcionalidade é, na verdade, sua feição dogmática.

Mas esse projeto é necessariamente incompleto. Não só porque a dogmática é concebida como o modo de reflexão, fundamentado em parâmetros jurídicos e abstratos de avaliação, que, por isso mesmo, sempre está aberta à crítica e ao debate, mas também porque, quando a proporcionalidade é concebida como um teste de conteúdo, configuração e finalidade dogmáticos, que são definidos pelos parâmetros constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, não há mais uma estrutura única e fixa do teste, que unifica e nivela todas as normas constitucionais. Ela é uma prova que se adapta às peculiaridades de cada direito fundamental, ao modo de efetivação da proteção e, enfim, ao destinatário da aplicação da técnica. Há, portanto, proporcionalidades, no plural, ou seja, diversas configurações específicas da prova, que se ajustam ao conteúdo e ao modo de controle em que elas são aplicadas, e não a proporcionalidade, no singular. Dentre as inúmeras variações de tal configuração dogmática do teste, é possível citar a prova aplicada nos raros casos de restrição do direito geral de igualdade e as peculiaridades da teoria dos níveis de exigência da intervenção do direito à liberdade profissional. Em ambos os casos, a prova da proporcionalidade tem sua lógica e configuração internas determinadas pelas características e peculiaridades dos direitos fundamentais em específico. E para que a prova seja aplicada, não é mais possível simplesmente remeter à necessidade de solucionar conflitos de direitos. Ao contrário, é preciso avaliar se e em que medida a proteção de cada direito fundamental é compatível com a aplicação da proporcionalidade. O projeto de reconstrução se revela, então, como o trabalho de reconfiguração dogmática, não só da proporcionalidade, mas dos próprios direitos fundamentais.

Desvinculados de idealizações e abstrações como a ordem objetiva de valores constitucionais ou princípios, entendidos como mandamentos de otimização, os direitos

fundamentais têm de ser, eles mesmos, reconstruídos em sua função de proteção de interesses subjetivos. Criados com a finalidade de proteger grupos e indivíduos face ao exercício abusivo do poder estatal, esses direitos distribuem cargas de argumentação e exigem, de toda intervenção normativa, uma justificação constitucional específica. A prova geral da proporcionalidade se insere, nesse contexto, como um dentre tantos outros instrumentos jurídicos de contenção do exercício desmesurado e abusivo do poder. Para cumprir essa tarefa, é necessário, portanto, voltar a pensar nos direitos e em seu conteúdo constitucional. Importa, então, saber o que são as liberdades fundamentais de religião, de manifestação do pensamento, de ir e vir, de manifestação, profissão, mas também qual é, para a Constituição, o conteúdo protegido pelos direitos de igualdade, associação, propriedade, intimidade, dentre tantos outros. Sem esse trabalho dogmático prévio, a análise e a aplicação do teste da proporcionalidade são ideias e objetivos soltos no ar, que podem ser moldados e modificados ao sabor dos ventos. O projeto de reconstrução só foi, portanto, iniciado. Desenvolver suas peculiaridades dogmáticas é uma tarefa reservada àqueles que pretendam seguir essa via.

Finalmente, a tarefa de reconstrução dogmática da proporcionalidade exige que a relação do direito com o passado seja repensada. No modelo da ponderação, a prova tem uma função específica. Direcionada pelas ideias de colisão, otimização e harmonização de valores, a prova contém o indicativo da abertura constante ao novo. Proporcionalidade é, assim, um instrumento de superação do passado, seja ele traumático, como foi o caso da Alemanha da década de 1950, ou então uma lembrança do regime democrático, que existia antes da ascensão ao poder de uma ditadura militar, como foi o caso do Brasil na década de 1970. Em ambos, a prova serve como fator de superação de um passado que se quer esquecer e de legitimação do regime vigente. Já a prova com feições dogmáticas não tem o objetivo de superar o passado. Sua função mais elementar, a contenção do abuso estatal, é baseada na lembrança, ainda viva, dos males causados pelo descontrole do Poder. Ela não visa o esquecimento, e sim a preservação da memória. Mas essa vocação para o passado não faz da proporcionalidade ultrapassada ou retrógrada. Ela é uma prova fundamentada no passado, mas que se volta para um futuro em que os direitos não serão meras peças de um jogo de princípios ou valores, e voltarão a ser vistos como normas e parâmetros constitucionais, voltados à preservação da liberdade. Proporcionalidade é o por vir.

## Bibliografia

ACKERMAN, Bruce, “The new separation of powers”, *Harvard law Review* 113, n. 3, (2000): 634-725.

\_\_\_\_\_, *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ADAMY, Pedro Augustin, *Renúncia a Direito fundamental*, São Paulo, Malheiros, 2011.

ALLAN, T.R.S, “Constitutional rights and the Rule of Law”, in: KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized reason*, Oxford University Press, 2012.

ALEINIKOFF, Alexander, “Constitutional Law in the age of Balancing”, *Yale Law Journal*, n. 96 (1987): 943-1005.

ALBRECHT, Rüdiger Konradin, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995.

ALEXY, Robert, “Constitutional rights, balancing and rationality”, *Ratio Juris*, v. 16 (2003): 131-140.

\_\_\_\_\_, “Sobre a estrutura dos princípios fundamentais”, *Revista internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, jan./jul. (2005): 155-167.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_, “La fórmula del peso”, in: Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2007.

\_\_\_\_\_, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Surkamp, 2012.

\_\_\_\_\_, “Law, Morality and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, v. 25, n. 1 (2012): 2-14.

\_\_\_\_\_, “Balancing, constitutional review and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4 (2005): 572-581.

\_\_\_\_\_, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, *Der Staat* (1990): 49-68.

\_\_\_\_\_, “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, in: SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

- \_\_\_\_\_, “Formal principles: Some replies to critics”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3 (2014): 511-524.
- \_\_\_\_\_, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, v. 16, n. 2 (2003): 131–140.
- \_\_\_\_\_, “Die Gewichtsformel”, in: JICKELI, Joaquim/ KREUTZ, Peter/ REUTER, Dieter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.
- \_\_\_\_\_, “Die Doppelnatur des Rechts”, *Der Staat* 50 (2011), 389–404.
- \_\_\_\_\_, “Ideal Sollen”, in: CLÉRICO, Laura/ SIECKMANN, Jan-Reinard (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Two or Three”, in: BOROWSKI, Martin (ed.), *On the Nature fo Legal Principles*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61, 2001.
- \_\_\_\_\_, “Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse”, *Cardoso Law Review*, v. 17 (2006): 1027-1034.
- ALEXY, Robert/ KOCH, Hans-Joaquim/ KUHLEN, Lothar, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- AMADO, Juan Antônio García, “Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 104 (2012): 53-127.
- \_\_\_\_\_, “Abwägung versus normative Auslegung? Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik”, *Rechtstheorie* 40 (2009): 1-42.
- von ARNAULD, Andreas, *Die Freiheit und ihre Schranken*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- \_\_\_\_\_, “Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *JZ* (2000): 276-280.
- \_\_\_\_\_, “Strukturelle Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Überlegungen zu Schutzbereich und Schranken des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes”, *ZUM*, n. 4 (1996): 286-292.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983.
- AARNIO, Aulus, “Taking Rules Seriously”, *ARSP*, Beiheft 42 (1989): 180-192.

- \_\_\_\_\_, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 4 (2000): 593-602.
- ATALIBA, Geraldo, *Sistema constitucional brasileiro tributário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria da igualdade tributária*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *RDA* 215 (1999): 151-179.
- \_\_\_\_\_, *Teoria dos princípios*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito tributário*, São Paulo, Malheiros, 2011.
- BÄCKER, Carsten. “Regras, princípios e derrotabilidade”, *Revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. (2011): pp. 55-82.
- BACHOF, Otto, “Zum Apothekeurteil des Bundesverfassungsgericht”, *JZ* (1958): 468-471.
- \_\_\_\_\_, *Normas constitucionais inconstitucionais*, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de Direito administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, v. I, 2010.
- BARAK, Aharon, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_, *The judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Proportional Effect: The israeli Experience”, *Toronto Law Review*, v. 57, n. 2 (2007): 369-382.
- BARBOSA, Rui, *Os actos inconstitucionaes do Congresso e executivo*, Capital Federal, Cia. Imprensa, 1893.
- BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, in: SARMENTO, Daniel/ GALDINO, Flavio (orgs.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

- BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos fundamentais*, Brasília, Livraria Editora Brasília jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto/ BARCELLOS, Ana Paula de, “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”, in: SILVA, Virgílio Afonso da, *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito constitucional”, *Boletim de Direito Administrativo*, março, 1997, 149-163.
- \_\_\_\_\_, “Mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais”, *Revista de Direito do Estado*, n.º 2, abr./jun. (2006): 261-289.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos Ed., 2002.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004.
- BEADE, Gustavo A., “Berichte und Kritik der Deontologische Charakter der Abwägung: Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes”, *Rechtstheorie* 44 (2013): 371-393.
- BERLIN, Isaiah, “Dois conceitos de liberdade”, in: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*, Trad. Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- von BERNSTORFF, Jochen, “Proportionality without ad hoc balancing”, in: LAZARUS, Liora/ MCCRUDDEN, Christopher/ BOWLES, Nigel, *Reasoning rights: comparativa judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014.
- BETHGE, Herbert, “Grundrechtskollisionen”, in: MERTEN, Detlef/ PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 1, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München, Franz Vahlen, 1977.

- BETTERMANN, Karl August, *Die verfassungskonforme Auslegung*, Heidelberg: Müller, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Grenzen der Grundrechte*, Berlin, Walter de Gruyter, 1968.
- \_\_\_\_\_, *Hypertrophie der Grundrechte: eine Streitschrift*, Hamburg, Hamburgischer Anwaltsverein, 1984.
- BILCHITZ, David, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, in: LAZARUS, Liora / MCCRUDDEN, Christopher/ BOWLES, Nigel, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito administrativo”, in: ARAGÃO, Alexandre Santos de/ SARMENTO, Daniel/ BINENBOJM, Gustavo/ ÁVILA, Humberto/ SCHIER, Paulo Ricardo, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa”, in: SARMENTO, Daniel/ GALDINO, Flavio (orgs.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_, *A nova Jurisdição Constitucional brasileira, legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- BLECKMANN, Albert, “Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzip”, *JuS* 3 (1994): 177-183.
- BLOCKER, Joseph, “Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment analysis”, *New York University Law Review*, v. 84, n. 2, (2009): 375-439.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, in: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, in: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, in: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriß eines Problems”, in: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik”, in: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München 1990.



- \_\_\_\_\_, “Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken”, *Der Staat* 42 (2003): 167-192.
- \_\_\_\_\_, “Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart”, in: Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Freiheit und Recht, Freiheit und Staat”, in: Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts”, in: Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs”, in: Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- von BOGDANDY, Armin/ HUBER, Peter M., “Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland”, in: von BOGDANDY, Armin/ CASSESE, Sabino/ HUBER, Peter M. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band III, Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010.
- BOMHOFF, Jacco, “Genealogies of Balancing as Discourse”, *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, issue 1 (2010): 108-139.
- BOROWSKI, Martin, “Prinzipien als Grundrechtsnormen”, *ZÖR* 53 (1998).
- \_\_\_\_\_, *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- \_\_\_\_\_, “Limiting clauses: On the continental european tradition of special limiting clauses and the general limiting clause of art. 52 (1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Legisprudence*, v. 1 (2007): 197-240.
- \_\_\_\_\_, “La restricción de los Derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (2000): 29-56.
- \_\_\_\_\_, “Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien”, in: SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexy*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- \_\_\_\_\_, *La estructura de los Derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.
- BOYRON, Sophie, “Proportionality in English Administrative Law: A Faulty Translation?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2 (1992):237-264.
- BROZEK, Bartosz, “The Weight Formula and Argumentation”, G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

- BRYDE, Brun-Otto, “Artikel 12 Grundgesetz - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit”, *NJW* 39 (1984): 2177-2184.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares, *O princípio da proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- BUMKE, Christian, *Das Grundrechtsvorbehalt: Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, “Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas”, *Revista de informação legislativa*, n. 171 (2006): 81-90.
- \_\_\_\_\_, “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, *Estado, Direito e Sociedade*, n. 37, jul./dez (2010); 152-180.
- BUZUID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958.
- ÇALI, Basak, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 1 (2007): 251-270.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts”, *JuS* (1989): 161-172.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechte und Privatrecht”, *AcP* 184 (1984): 201-246.
- CANOTILHO, José Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957.
- \_\_\_\_\_, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2<sup>a</sup> ed., Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999.
- CIANCIARDO, Juan, “The principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights”, *Journal of Civil Law Studies*, v. 3 (2010): 117-186.
- \_\_\_\_\_, “Los limites de los Derechos fundamentales”, *Revista Dikaion*, n. 10 (2001): 55-73.
- CHANG, Ruth, “Introduction”, in: Id., *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997.
- CHRYSSOGONOS, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1987.

- CHOUDHRY, Sujit, “So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1”, *Supreme Court Law Review*, v. 34 (2006): 501-535.
- CLÉRICO, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, in: Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2007.
- \_\_\_\_\_, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- COHEN-ELIYA, Moshe/ PORAT, Iddo, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, 2013.
- COOLEY, Thomas, *A treatise on the constitutional limitations*, Boston Little Brown, 1903.
- COSTA, Alexandre Araújo, *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, Tessaurus, 2008.
- CORWIN, Edward S., *A constituição norte-americana e seu significado atual*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1959.
- CRAIG, Paul, “The nature of Reasonableness Review”, *Current Legal Problems* (2013): 1-37.
- \_\_\_\_\_, “Proportionality, Rationality and Review”, *New Zealand Law Review* (2010): 265-301.
- CREMER, Wolfram, *Die Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Tübingen, Mohr, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke”, *NVwZ* (2004): 668-674.
- \_\_\_\_\_, “Der Osho Beschluss des BVerG – BVerGE 105, 279”, *JuS* 8 (2003): 747-751.
- DECHSLING, Rainer, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, München, Franz Wahlen, 1989.
- DEPENHEUER, Otto, *Der Wortlaut als Grenze: Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988.
- DE LA VEGA, Augusto Martín, *La sentencia constitucional en Italia - Tipología y efectos de las sentencias em la jurisdicción constitucional italiana: médo siglo de debate doctrinal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- DIAS, Roberto, *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da Eutanásia*, Belo Horizonte, Forum, 2012.

- DIAS, Roberto/ LAURENTIIS, Lucas Catib De, “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal - modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade”, in: OLIVEIRA, José Roberto/ VALIM, Rafael/ POZZO, Augusto Neves Dal, *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, Belo Horizonte, Forum, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Freedom of assembly as a condition for democracy*, Working paper, Oslo, World Congress of Constitutional Law, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri / MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri/ LUNARDI, Soraya, “A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união de pessoas do mesmo sexo”, in: Robério Nunes dos Anjos Filho, *STF e direitos fundamentais*, Salvador, Juspodivm, 2013.
- DI FABIO, Udo, “Grundrechte als Werteordnung”, *JZ* (2004): 1-52.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2011.
- DÓRIA, Sampaio, *Comentários à Constituição de 1946*, São Paulo, Max Limonad, v. 3., 1960.
- \_\_\_\_\_, *Direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, , v. 1, t. II, 1958.
- DREIER, Horst, *Grundgesetz Kommentar*, 2. Auf., Tübingen, Mohr, Bd. 1, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratientheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1986.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, 2ª ed., Harvard University Press, 1977.
- DÜRIG, Günter/ THEODOR, Maunz, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 2013.
- ELY, John Hart, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2010.
- EMPKE, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963): 53-99.
- ENDICOTT, Timothy, *Proportionality and Incommensurability*, Legal Research Paper Series, Oxford University, 2013.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, “Das Übermaßverbot”, *JURA* (1988): 387-388.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der rechtlichen fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956.

- FARIAS, Edilsom Pereira de, *Colisão de direitos*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- FELDENS, Luciano, *Direitos fundamentais e direito penal - a Constituição penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAZ, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado e direitos humanos e outros temas*, São Paulo, Manole, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- FINNIS, John, “Commensuration and Public Reason”, in: CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997.
- FISS, Owen, *A ironia da Liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- FLEINER, Fritz, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, 3. Auf., Tübingen, Mohr, 1913.
- FOHMANN, Lothar H., “Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich”, *EuGRZ* (1985): 52-54.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- \_\_\_\_\_, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, in: *Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1964.
- GALLWAS, Ullrich/ MÖBLE, Wilhelm, *Bayerisches Polizei-und Sicherheitsrecht*, 2. Auf., Stuttgart, Richard Boorberg, 2006.
- GARBAUM, Stephen, “Limiting constitutional Rights”, *UCLA Law Review* (2007): 789-854, p. 830.
- GENTZ, Manfred, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, *NJW* (1968): 1600-1607.
- GASSNER, Erich, “Zur Abwägung als Maßstabsproblem”, *NJW* (1998): 119-121.
- GEWIRTH, Alan, “Are There any Absolute Rights?”, *The philosophical Quarterly*, v. 31, n. 122 (1981): 1-16.

- GOERLICH, Helmut, "Optimierungsaufgaben der Verfassungsinterpretation", *Rechtstheorie* 8 (1977): 231-242.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- GÖTZ, Volkmar, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 14. Auf., München, C.F. Beck, 2008.
- GRABITZ, Eberhard, *Freiheit und Verfassungsrecht: Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Tübingen, Mohr, 1976.
- \_\_\_\_\_, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", *AöR* 98 (1973): 569-616.
- GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- GRIMM, Dieter, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto law Journal*, v. 57, n. 2 (2007): 383-397.
- \_\_\_\_\_, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini/ GOMES FILHO, Antônio Magalhaes/ FERNANDES, Antônio Scarance, *Recursos no Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- GROß, Thomas, "Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle der Gesetzgeber", *DÖV* (2006): 856-861.
- GUSY, Christoph, "Die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 105 (1980): 279-310.
- \_\_\_\_\_, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Dunckler und Humblot, 1985.
- \_\_\_\_\_, "Gesetzesvorbehalte im Grundgesetz", *JA* 7 (2002): 610-616.
- \_\_\_\_\_, "Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?", *ZRP* 11 (1985): 291-299.
- GREER, Steven, "Balancing and the European Court of human rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate", *Cambridge Law Journal* 63 (2), July (2004): 412-434.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo, IBDC, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Teoria processual da Constituição*, 3ª ed., São Paulo, RCS Editora, 2007.

- \_\_\_\_\_, “Princípio da proporcionalidade e devido processo legal”, in: Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.
- \_\_\_\_\_, *O discurso filosófico da modernidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_, *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, São Paulo, Loyola, 2002.
- HÄBERLE, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, *JZ* (1975): 297-305.
- \_\_\_\_\_, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auf., Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1983.
- HAIN, Karl-Eberhard, “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot”, *DVBl* (1993): 982-984.
- \_\_\_\_\_, *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79, Abs. 3 GG*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- HARBO, Tor-Inge, “The function of the proportionality principle in EU Law”, *European Law Journal*, v. 16, n. 2 (2010): 158-185.
- HART, H. L. A., “Visita a Kelsen”, *Lua nova*, n. 64 (2005): 153-177.
- \_\_\_\_\_, “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4 (1958): 593-629.
- \_\_\_\_\_, *O conceito de direito*, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HENNE, Thomas, “Von 0 auf Lüth in 61/2 Jahren: Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung”, in: HENNE, Thomas/ RIEDLINGER, Arne (Hg.): *Das Lüth Urteil in (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wiss. Verlag, 2005.
- HERMES, Georg, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2, Abs. 2, Satz 1 GG*, Heidelberg, 1987.
- HERN, Werner, “Freiheit und Gleichheit”, Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 2, 2006.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, 20. Auf., Heidelberg, Müller Verl., 1995.
- \_\_\_\_\_, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland”, *EuGRZ* (1978): 427-438.

- HESSE, Hermann, *O jogo das contas de vidro*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo Brasiliense, 1969.
- HILLGRUBER, Christian, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechprechung des Bundesverfassungsgericht nach 60 Jahren”, *JZ* 18 (2011): 861-871.
- \_\_\_\_\_, “Abschied von der Privatautonomie?”, *ZRP* 1 (1995): 6-9.
- HIRSCHBERG, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz, 1981.
- HOCHHUTH, Martin, “Lückenloser Freiheitsschutz und die Widersprüche des Art. 2, Abs. 1 GG”, *JZ* 57 (2002): 743-752.
- HÖFLING, Wolfram, “Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschranken schranken”, *JURA* (1994) 169-173.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen”, *AöR* 130 (2005): 5-70.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, *Der Staat* 43 (2004): 203-233.
- \_\_\_\_\_, “Neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit”, *NVwZ* (2003): 257-265.
- \_\_\_\_\_, “Versammlungsfreiheit”, in: MERTEN, Detlef/ PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 4, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Kontrolldichte und Krontrrollfolfen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen”, *EuGRZ* (2006): 492-499.
- HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Interpreting the Charter of rights: Generosity and justification”, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 28 (1990): 817-838.
- \_\_\_\_\_, “The Charter of Rights and American Theories of Interpretation”, *Osgoore Hall Law Journal*, v. 25, n. 1 (1987): 88-114.
- HOLANDER, Pavel, “Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, in: SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- HOLOUBEK, Michael, “Der Grundrechtseingriff: Österreichische und kinventionsrechtliche Aspekte”, *DVBl* (1997): 1031-1037.
- \_\_\_\_\_, “Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas”, in: GRABENWARTER, Christoph (Hg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Wien, Boorberg, 1994, 61-83.



- HWANG, Shu-Perng, "Verfassungsgewichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?", *AöR*, 133 (2008): 606-628.
- \_\_\_\_\_, "Grundrechtsoptimierung durch (kelsensche) Rahmenordnung", *Der Staat* 49 (2010): 456-476.
- HUBMANN, Heinrich, "Grundsätze der Interessenabwägung", *AöR* 155 (1956): 85-134.
- HUBER, Hans, "Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht", *ZSR* 96 (1977): 1-28.
- HUFEN, Friedhelm, "Entstehung und Entwicklung der Grundrechte", *NJW* (1999): 1504-1511.
- HUSTER, Stefan, "Gleichheit und Verhältnismässigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht", *JZ* 11 (1994): 541-549.
- IPSEN, Jörn, *Staatsrecht II*, 13. Auf., München, Franz Vahlen, 2010.
- \_\_\_\_\_, "Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik", *Der Staat* 52 (2013): 266-293.
- ISENSEE, Josef, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", in: ISENSEE, Josef / KIRSCHHOF, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Auf., Heidelberg, 2000.
- JEAND'HEUR, Bernd, "Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen", *JZ* 4 (1995): 161-167.
- JACKSON, Vicki C., "Being proportional about proportionality", *Constitutional Commentary*, v. 21 (2004): 803-859.
- JAKOBS, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Köln, Carl Heymanns, 1985.
- JANSEN, Nils, "Die Normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht", in: SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- JARASS, Hans, "Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3, I, GG", *NJW* 39 (1997): 2545-2550.
- \_\_\_\_\_, "Bausteine einer umfassender Grundrechtsdogmatik", *AöR* 120 (1995): 346-381.
- \_\_\_\_\_, "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *AöR* 110 (1985): 363-393.
- JARASS, Hans/ PIEROTH, Boto, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. Auf., München, C. H. Beck, 2011.

- JESTAEDT, Matthias, "Wissenschaftliches Recht - Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis", in: KIRSCHHOF, Gregor/ MAGEN, Stefan/ SCHNEIDER, Karsten/ (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 117 a 139.
- \_\_\_\_\_, "Die Grundrechtsrevolution frisst ihre Kinder", *JRP* (2000): 99-113.
- \_\_\_\_\_, "Was die Reine Rechtslehre nicht leistet – Anspruch und Horizont einer beschränkten Theorie", *ZÖR* (2011): 201-213.
- \_\_\_\_\_, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen, Mohr, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Die Verfassung hinter der Verfassung: Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, München, Ferdinand Schöningh, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Das Mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, Tübingen, Mohr, 2006.
- \_\_\_\_\_, "The doctrine of Balancing - Strengths and Weaknesses", in: KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_, "Ascenso/ surgimiento y desencanto de la teoría de la ponderación en Alemania", in: MONTEALEGRE, Eduardo/ BAUTISTA, Nathalia/ VARGAS, Luis Felipe (Org.), *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Bogota, Universidad Externado, 2014.
- KAHL, Wolfgang, "Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik", *Der Staat* 43 (2004): 167-202.
- KAISER, Anna-Bettina, "Das apotheken-Urteil des BVerfG nach 50 Jahren - Anfang oder Anfang vom Ende der Berufsfreiheit?", *JURA* 11 (2008): 844-849.
- KENNEDY, Duncan, "Konsequenzen der richterlichen Entscheidung", in: TEUBNER, Günther (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründen*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auf. 1960, JESTAEDT, Matthias (Hrsg.), 2013.
- \_\_\_\_\_, *General theory of Law and State*, Harvard University Press, 1949.
- KIRSCHHOF, Paul, "Gleichmaß und Übermaß", *Festschrift für Lerche zum 65 Geburtstag*, München, C. H. Beck'sche, 1993, 133-149.

- \_\_\_\_\_, *Was weiß Dogmatik? Was leitet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr, 2012.
- KHOSTA, Madhav, “Proportionality: An assault on human rights? A reply”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2 (2010): 298-306.
- KLAFKE, Guilherme Forma/ LAURENTIIS, Lucas Catib De, “Interpretação conforme a Constituição do art. 33, §2º da Lei de Drogas: trivialização de um conceito?”, in: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, *STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*, Salvador, Juspodvim, 2013.
- KLATT, Matthias, “Talking Rights less Seriously. A structural analysis of judicial Discretion”, *Ratio Juris*, v. 20, n. 4 (2007): 506-529.
- \_\_\_\_\_, “Robert Alexy’s Philosophy of Law as System”, in: ID. (ed.), *Institutionalized reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012.
- KLATT, Matthias/ MEISTER, Moritz, *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2010.
- \_\_\_\_\_, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, *Der Staat* 51 (2012), p. 159-188.
- \_\_\_\_\_, “Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on I.CON controversy”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3 (2012): 687-708.
- KLATT, Matthias/ SCHMIDT, Johannes, “Abwägung unter Unsicherheit”, *AöR* 137 (2012): 545-591.
- KLEIN, Eckart, “Grundrechtliche Schutpflicht des Staates”, *NJW* 27 (1989): 1633-1640.
- KLEMENT, Jan Henrik, “Schlusswort”, *JZ* 11 (2009): 560-562.
- \_\_\_\_\_, “Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt: Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik”, *JZ* 63 (2008): 757-763.
- \_\_\_\_\_, “Common Law thinking in German Jurisprudence – on Alexy’s Principles Theory”, in: KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized reason*, Oxford University Press, 2012.
- KNIESEL, Michael/ POSCHER, Ralf, “Versammlungsrecht”, in: DENNINGER, Erhard/ RACHOR, Frederik, *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Auf., München, Beck, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Die Entwicklung des Versammlungsrecht 2000 bis 2003”, *NJW* (2004): 422-429.
- KNILL, Christoph/ BECKER, Florian, “Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union”, *Die Verwaltung* 32 (2003): 447-481.

- KOCH, Hans-Joaquim, “Normtheoretische Basis der Abwägung”, in: ALEXY, Robert/DREIER, Ralf (Hrsg.), *Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- KOUTNATZIS, Stylianos-Ioannis, “Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee”, *VRÜ* (2011) 32-59.
- von KRAUSS, Ruprecht, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, Ludwig Appel, 1955.
- KREBS, Walter, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, *JURA* 4 (2001): 229-234.
- KUMM, Mattias, “The idea of socratic contestation and the right to justification: The point of right-based proportionality review”, *Law and Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 2 (2010): 141-175.
- \_\_\_\_\_, “Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review”, *NYU School of Law*, Working Paper 118, 2009.
- LADEUR, Karl-Heinz, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädiyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen, Mohr, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte: Relativierung oder Abstützung der subjektiven Freiheitsrechte?”, *DÖV* (2007): 1-10.
- LANGHEINEKEN, Uwe, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG*, Diss. Albert-Ludwigs Universität Freiburg i. Breisgau, 1972.
- LAURENTIIS, Lucas Catib De, *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*, São Paulo, Malheiros, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Entre lei e constituição: a Administração pública e o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro”, *RDA*, v. 260 (2012): 133-166.
- \_\_\_\_\_, “Efeitos do julgamento e coisa julgada em ações declaratórias de constitucionalidade: ativismo judicial não declarado”, in: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Org.), *Estado de direito e ativismo judicial: Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 177-197.
- LEAL, Victor Nunes, “Poder discricionário e ação arbitrária”, in: *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, 278-294.
- LEISNER, Walter, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Abwägung überall - Gefahr für den Rechtsstaat”, *NJW* 10 (1997): 636-639.

- LENZ, Sebastian, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung*, Tübingen, Mohr, 2006.
- LERCHE, Peter, “Grundrechtsschranken”, in: ISENSEE, Josef / KIRSCHHOF, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, C.F. Müller, 1992.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, in: ISENSEE, Josef / KIRSCHHOF, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, Heidelberg, 1992.
- \_\_\_\_\_, “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?”, in: BURMEISTER, Joaquin (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65 Geburtstag*, München, Beck, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgericht”, *BayVBl* (1958): 231-235.
- \_\_\_\_\_, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Köhl, Carl Heymanns, 1961.
- LENZ, Sebastian, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte: Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung*, Tübingen, Mohr, 2006.
- LEMBKE, Ulrike, *Einheit aus Erkenntnis?*, Berlin, Duncker und Humblot, 2009.
- LIPESIUS, Oliver, “Kritik der Dogmatik”, in: KIRSCHHOF, Gregor/ MAGEN, Stefan/ SCHNEIDER, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 39-63.
- LIPPHARDT, Hanns-Rudolf, *Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt*, Berlin, Duncker und Humblot, 1975.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoria de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1965.
- LÜCKE, Jörg, “Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit”, *DÖV* 22 (1974): 769-771.
- MAIA, Antônio Cavalcanti, “Nos vinte anos da Carta cidadã: do pós-positivismo ao neo-constitucionalismo”, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira/ SARMENTO, Daniel/ BINENBOJM, Gustavo, *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- von MANGOLDT, Hermann/ KLEIN, Friedrich, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, 2. Auf. Berlin: Franz Vahlen, 1957.
- MARTINS, Leonardo, “Igualdade e liberdade na justiça constitucional: Cortes constitucionais entre *self-restraint* e vínculo ao direito constitucional positivo”, *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, año XVI, Montevideo, 2010.

- \_\_\_\_\_, *Die Grundrechtskollision: Grundrechtskonkretisierung am Beispiel des § 41 abs. 1 BDSG*, Dissertation, Humboldt Universität zu Berlin, 2001.
- \_\_\_\_\_, “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 (2003): 15-45.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 2. Auf., München/Leipzig, Duncker und Humblot, 1914.
- MAYER, Matthias, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDICUS, Dieter, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht”, *AcP* 192 (1991): 35-70.
- MENDES, Gilmar Ferreira, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, no. 5, agosto, 2001.
- \_\_\_\_\_, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 23 (2004): 469-475.
- MENDES, Conrado Hübner, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Tese, Universidade de São Paulo, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- MERTEN, Detlef, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, in: MERTEN, Detlef/ PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 3, p. 517 a 569.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechtlicher Schutzbereich”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 3, 2006.
- MEßERSCHMIDT, Klaus, “Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 61 (2002): 179-180.
- MICHAEL, Lothar, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - Zur Dogmatik der Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS* (2001): 148-155.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito constitucional: Direitos fundamentais*, 4ª ed., Coimbra Editora, t. IV, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 3ª ed., Coimbra Editora, t. III, 2008.

- \_\_\_\_\_, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coimbra Editora, 2007.
- MISERA-LANG, Kathrin, *Dogmatische Grundlagen der einschränkbarkeit vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Diss. Albert-Ludwigs Universität Freiburg im Breisgau, 1998.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional*, Coimbra Editora, t. II, 2005.
- MORLOK, Martin/ MICHAEL, Lothar, *Grundrechte*, 3. Auf., Baden-Baden, Nomos, 2012.
- MÖLLER, Kai, "Proportionality: Challenging the critics", *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3, (2012): 709-731.
- \_\_\_\_\_, *Proportionality and rights inflation*, London School of Economics and Political Science, Working Paper 17, 2013.
- \_\_\_\_\_, "Constructing the proportionality test", in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparativa judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014.
- MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Teoria estruturante do direito*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_, *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. Auf., Berlin, Duncker und Humblot, 1990.
- MÜLLER, Jörg Paul, "Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte", *Der Staat* 3 (1990): 34-48.
- von MÜNCH, Ingo, *Grundgesetz-Kommentar*, München, C. H. Beck'sche, 2000.
- MURSWIEK, Dietrich, "Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe", *NVwZ* (2003): 1-8.
- \_\_\_\_\_, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985.
- \_\_\_\_\_, "Staatliche Warnungen, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe", *DVBl* (1997): 1021-1030.
- NAGEL, Robert F., "Liberals and Balancing", *University of Colorado Law Review* 319 (1992): 319-324.

- NEGREIROS, Teresa, “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- NEVES, Marcelo, *Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais*, São Paulo, Martins Fontes, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Ed., 2010.
- \_\_\_\_\_, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006.
- OLIVEIRA, Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Renata Camilo de, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker und Humblot, 2013.
- OSSENBÜHL, Fritz, “Grundsätze der Grundrechtsinterpretation”, in: MERTEN, Detlef/ PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 1.
- \_\_\_\_\_, “Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 39 (1981): 189-190.
- \_\_\_\_\_, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, in: BANDURA, Peter/ SCHOLZ, Rubert (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65 Geburtstag, München, 1993.
- \_\_\_\_\_, “Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab”, in: RÜTHERS, Bernd/ STERN, Klaus (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsrecht, Festgabe zum 10 jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, München, 1984, p. 315-327.
- \_\_\_\_\_, “Abwägung im Verfassungsrecht”, *DVBl* (1995): 904-913.
- \_\_\_\_\_, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, *JURA* (1997): 617-621.
- PASCHE, Eckhard, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften”, *NVwZ* 10 (1999): 1033-1040.
- PAWLIK, Michael, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Hart*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.
- PEREIRA, Bruno Ramos, *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*, Dissertação, Universidade de São Paulo, 2009.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.



- PESTALOZZA, Christian Graf von, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 2 (1963): 425-448.
- PETERS, Michaela, “Grundrechte als Regeln und als Prinzipien”, *ZÖR* 51 (1996): 159-182.
- PETERSEN, Niels, *Proportionality and the inconsturability challenge - some lessons from the south african Constitutional Court*, Public Law & Legal Theory Research paper series, Working Paper n. 13 (2007).
- \_\_\_\_\_, “How to compare the length of lines to the weight of stones: Balancing and the resolution of value conflicts in Constitutional law”, *German Law Journal*, v. 14, n. 8 (2013): 1387-1408.
- \_\_\_\_\_, “Die Eingriffsdogmatik aus deutscher Perspektive: Der Grundrechtseingriff als Zurechnungskategorie”, *ZÖR* (2012): 459-474.
- PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- POLLERN, Hans-Ingo, “Immanente Grundrechtsschranken – eine Bestandaufnahme”, *JuS* 10 (1997): 644-648.
- POSCHER, Ralf, *Grundrecht als Abwehrrecht*, Tübingen, Mohr, 2003.
- \_\_\_\_\_, “The principles theory: how many theories and what is their merit?”, in: KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized reason*, Oxford University Press, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihren Gegenstand”, *RW 4* (2010): 349-372.
- \_\_\_\_\_, “Menschenwürde und Kernbereichsschutz”, *Humboldt Forum Recht*, n. 7 (2010): 90-103.
- \_\_\_\_\_, “The hand of Midas: When concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate”, *Law and Philosophy Library*, v. 88 (2009): 99-115.
- \_\_\_\_\_, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, in: SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- \_\_\_\_\_, “The rationality of balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 92, n. 2 (2006): 195-208.

- \_\_\_\_\_, “La racionalidade de la ponderación”, in: CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- \_\_\_\_\_, “En torno a la fórmula del peso”, in: MENÉNDEZ, Agustín José/ ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos e constitucionales, 2010.
- PRÜMM, Hans Paul, *Verfassung und Methodik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1977.
- PVLAKOS, George, “Constitutional Rights, Balancing and the Structure of Autonomy”, *Canadian journal of law and jurisprudence*, v. XXVI, n. 1 (2011): 129-153.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial, sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- RAABE, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgeber*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_, *A proteção aos direitos adquiridos no Direito constitucional brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_, *A inconstitucionalidade das leis, vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_, “A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro”, in: LEITE, George Salomão/ SARLET, Ingo Wolfgang/ CARBONELL, Miguel, *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador, Juspodvim, 2011.
- RAT, Der Parlamentarische 1948-1949, *Akten und Protokolle*, Band 13, Teilband 1, Hrsg. vom Deutschen Bundestag und vom Bundesarchiv unter Leitung von Hans Joachim Stelzl und Hartmut Weber, München, Boldt im Oldenbourg, 2002.
- RAWLS, John, *O liberalismo político*, São Paulo, Ática, 2000.
- RAUE, Frank, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?”, *AöR* 131 (2006): 79-116.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RÉAUME, Denise, *Limitations on Constitutional rights: The logic of proportionality*, University of Oxford, Working Paper, n. 26 (2009).

- REIMER, Philipp, "... und Macht zu Jüngern alle Volker? Von universellen Verfassungsprinzipien und Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte", *Der Staat* 52 (2013): 27-57.
- REHBINDER, Manfred, *Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts*, 8. Aufl., New York, de Gruyter, 1995.
- REMMERT, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995.
- RENNERT, Klaus, "Das Reiten im Walde – Bemerkungen zu Art. 2, I, GG", *NJW* (1959): 3261-3263.
- REUTER, Thomas, "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne", *JURA* 7 (2009): 511-518.
- RIVERS, Julian, "Proportionality and Variable intensity of review", *Cambridge Law Journal* 65 (2006): 174-207.
- RODRIGUES, Lêda Boechat, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- ROSSEN, Helge, "Grundrechte als Regeln und Prinzipien", in: GRABENWARTER, Christoph (Hg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Wien, Boorberg, 1994.
- RÜCKERT, Joachim, "Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs", *JZ* 19 (2011): 913-923.
- RENNERT, Klaus, "Das Reiten im Walde - Bemerkungen zu art. 2, I, GG", *NJW* (1989): 3261-3263.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di Ruffia. *Direito constitucional: instituições de direito público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- RUPP, Hans Heinrich, "Bundesverfassungsgericht und Berufsfreiheit", *AöR* 92 (1967): 212-242.
- RUSTEBERG, Benjamin, "Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum", in: Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht (Hrsg.), *Kollektivität - Öffentliches Recht zwischen Gruppeninteresse und Gemeinwohl*, Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Tübingen, Mohr, 2009.
- SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin, Springer, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., Tübingen, Mohr, 2010.

- SARLET, Ingo Wolfgang, “Os direitos sociais como direitos fundamentais”, in: George Salomão Leite/ Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- \_\_\_\_\_, “Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”, in: SARMENTO, Daniel/ GALDINO, Flavio (org.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006
- SARMENTO, Daniel, “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Livres e iguais: Estudos de Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, in: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, (org.), *Direitos humanos e direitos fundamentais: debates contemporâneos*, Salvador, Juspodivm, 2013
- \_\_\_\_\_, “Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos”, in: SARMENTO, Daniel/ GALDINO, Flavio (org.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- SAURER, Johannes, “Die Globalisierung der Verhältnismässigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat* 51 (2012): 3-33
- von SAVIGNY, Friedrich Carl, “Methodologie”, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.
- \_\_\_\_\_, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Scientia Verlag, Bd. 1, 1981.
- SCHAUER, Frederick, “The bondaries of the first amendment: A preliminary exploration of constitutional salience”, *Harvard Law Review* 117 (2004): 1765-1809.
- \_\_\_\_\_, “Commensurability and its constitutional consequences”, *Hastings L. J.* 45 (1994): 785-812.

SCHERZBERG, Arno, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlin, Duncker und Humblot, 1989.

\_\_\_\_\_, “Objektiver Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht”, *DVBl* (1989): 1128-1136.

SCHLAICH, Klaus/ KORIOTH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, Beck, 2010.

SCHLADEBACH, Marcus, “Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip”, *Der Staat* 53 (2014): 263-283.

SCHLINK, Bernhard, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1976.

\_\_\_\_\_, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, in: Peter Bandura/ Horst Freier, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr, 2001.

\_\_\_\_\_, “Bemerkungen um Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft”, *Der Staat* 19 (1980): 73-105.

\_\_\_\_\_, “Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel”, *JZ* (2007): 157-162.

\_\_\_\_\_, “Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* 17 (1984): 457-469.

\_\_\_\_\_, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat* 28 (1989): 161-172.

\_\_\_\_\_, “German constitutional culture in transition”, *Cardozo Law Review*, v. 14 (1994): 711-736.

\_\_\_\_\_, “Grundrechte als Prinzipien?”, *Osaka University Law Review* (1992): 41-58.

\_\_\_\_\_, “Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here?”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 22 (2012): 291-302.

SCHLINK, Bernhard/ PIEROTH, Boto, *Grundrechte Staatsrecht II*, 26. Auf., Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

SCHMIDT, Walter, “Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte”, *AöR* 106 (1981): 498-525.

SCHMITT, Carl, *Die tyrannei der Werte*. 3. Auf., Berlin: Duncker und Humblot, 2011.

\_\_\_\_\_, “Legalidad y legitimidad”, in: *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001

\_\_\_\_\_, *O guardião da constituição*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_, *Teoria de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.

- SCHNAPP, Friedrich E., “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, *JuS* 11 (1983): 850-855.
- SCHNEIDER, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht: Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles*, Baden-Baden, Nomos, 1979.
- SCHNEIDER, Peter, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963): 1-45.
- SCHWABE, Jürgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. Auf., Hamburg, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, Wilhelm Goldmann, 1971.
- \_\_\_\_\_, “Bundesverfassungsgericht und ‘Drittwirkung’ der Grundrechte”, *AöR* 100 (1975): 442-470.
- SCHWARTZ, Bernard, *Direito constitucional americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966.
- SIECKMANN, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- \_\_\_\_\_, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Zur Begründung von Abwägungsurteilen”, *Rechtstheorie* 26 (1995): 45-69.
- \_\_\_\_\_, “Grundrechte als principien”, in: SIECKMANN, Jan-Reinard, *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- SILVA, Evandro Lins, *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira/FGV, 1997.
- SILVA, José Afonso da, *Teoria do conhecimento constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Curso de Direito constitucional positivo*, 24<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7<sup>a</sup> Ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in: Id. (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Os direitos fundamentais e a Lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?”, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira/ SARMENTO, Daniel/ BINENBOJM, Gustavo (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

- \_\_\_\_\_, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista latino-americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- \_\_\_\_\_, *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo, Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- \_\_\_\_\_, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- \_\_\_\_\_, “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, *Revista Direito do Estado*, n. 4 (2006): 23-51.
- \_\_\_\_\_, “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”, in: MACEDO, Ronaldo Porto de/ BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*, São Paulo, Direito GV/Saraiva, p. 363 a 380.
- SMEND, Rudolf, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Auf, Berlin, Duncker und Humblot, 1994.
- STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares a Direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- STERN, Klaus, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots”, in: Festschrift für Peter Lerche, Mücken, 1993, p. 165 a 178.
- \_\_\_\_\_, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, , Bd. III. 2, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, , Bd. III. 1, 1994.
- \_\_\_\_\_, “Die Idee der Menschen und Grundrechte”, in: MERTEN, Detlef/ PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 1., 2006.
- STÖRRING, Lars Peter, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, Berlin, Duncker und Humblot, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz, “A (primeira) aplicação da *Untermassverbot* pelo Supremo Tribunal Federal: comentário ao RE 418.376”, in: MENDES, Gilmar Ferreira/ GONET BRANCO, Paulo Gustavo/ VALE, André Rufino, *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, São Paulo, Saraiva/IDP, 2010.

- STUMM, Raquel Denize, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- SWEET, A. Stone, “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Yale Faculty Scholarship Series*, Paper 30, 2010.
- SWEET, A. Stone/ MATHEWS, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008): 74-160.
- SUHR, Dieter, “Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? Kritik der Freiheitsdogmatik am Beispiel des Passivrauchersproblems”, *JZ* (1980): 166-174.
- SULLIVAN, E. Thomas/ FRASE, Richard S., *Proportionality principles in american law: controlling excessive government actions*, Oxford University Press, 2009.
- SUNDFELD, Ari Vieira, “Princípio é preguiça?”, in: MACEDO, Ronaldo Porto de/ BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*, São Paulo, Direito GV/Saraiva, 2011.
- SUNSTEIN, Cass R., *A Constituição parcial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Incommensurability and Kinds of Valuation”, in: CHANG, Ruth, *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997.
- SVARES, Carl Gottlieb, *Vorträge über Recht und Staat*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1960.
- TÁCITO, Caio, “Anulação de leis inconstitucionais”, *RDA* 59, jan/mar 1960, p. 339-350.
- TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- TIFKE, Nils, *Das Prinzip der Menschenwürde: Zum Abwägungsfähigkeit des Hochstrangigen*, Tübingen, Mohr, 2011.
- LA TORRE, Massimo de, “Nueve críticas a la teoría de Alexy”, in: MENÉNDEZ, Agustín José/ ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos e constitucionales, 2010.
- TRIBE, Laurence, *The American constitutional Law*, New York, The Foundations Press, 1988.
- TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: An assault on human rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3 (2009): 468-493.
- \_\_\_\_\_, “Proportionality: An assault on human rights? A rejoinder to Madhav Khosla”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2 (2010): 307-310.



TUSHNET, Mark, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_, “Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction”, *Stanford Law Review*, v. 36, n. 1 (1984): 623-647.

URBINA, Francisco J., “A critique of Proportionality”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 57, issue 1 (2012): 49-80.

\_\_\_\_\_, “Balancing as reasoning and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 1 (2014): 214-221.

WALDRON, Jeremy, “Fake incommensurability: A response to Professor Schauer”, *Hastings Law Journal* 45 (1994): 813-826.

\_\_\_\_\_, “Rights in conflict”, *Ethics*, v. 99, n. 3 (1989): 503-519.

\_\_\_\_\_, *A dignidade da legislação*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

WAHL, Reiner, “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat* 20 (1981): 485-516.

\_\_\_\_\_, “Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich”, in: MERTEN, Detlef/ PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Bd. 1, 2006.

\_\_\_\_\_, “Lüth und die Folgen: Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung”, in: Thomas Henne/ Arne Riedlinger (Hg.): *Das Lüth Urteil in (rechts-)historischer Sicht*, Berlin, Berliner Wiss. Verlag, 2005.

\_\_\_\_\_, “Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem”, *Freiburger Universitätsblätter*, 1987: 19-35.

WAHL, Rainer/ MASING, Johannes, “Schutz durch Eingriff”, *JZ* (1990): 553-562.

WENDT, Rudolf, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, *AöR* 104 (1979): 414-474.

WEBBER, Grégoire, *The negotiable Constitution*, Cambridge University Press, 2009.

\_\_\_\_\_, “On the loss of rights”, in: HUSCROFT, Grand/ MILLER, Bradley W./ WEBBER, Grégoire, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

\_\_\_\_\_, “Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. XXIII, n. 1, (2010): 179-202.

- WEICHERT, Marlon Alberto, “Proporcionalidade, direito penal e direitos humanos”, in: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.), *Direitos humanos e direitos fundamentais: debates contemporâneos*, Salvador, Juspodivm, 2013
- WEINRIB, Lorraine E., “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, in: *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2006.
- WINDISCH, Florian, “Abwägung: total, formal oder strukturiert?”, *Rechtstheorie* 44 (2013): 61-103.
- WITTIG, Peter, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, *DÖV* 23 (1968): 817-825.
- WOLFF, Gertrude Lübbe, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988.
- WOLFFERS, Artur, “Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, ZBJV, Bd. 113, n. 7 (1977): 297-313.
- VERDROSS, Alfred von. “Forbidden treaties in international law: Comments on Professor Garner’s Report on “The law od the treaties”, *The American journal of international Law*, v. 31, n. 4 (1937): 571-557.
- VITA, Alvaro, *A justiça igualitária e seus críticos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- VOLKMANN, Uwe, “Veränderungen der Grundrechtsdogmatik”, *JZ* 6 (2005): 261-271.
- VOßKUHLE, Andreas, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnimäßigkeit” *JuS* 5 (2007): 429-431.
- YOWELL, Paul, “Proportionality in United States Constitutional Law”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparativa judicial engagemenet*, Oregon, Oxford and Portland, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Mulino, 1984.
- ZIMMERLI, Ulrich, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht*, Diss., Universität Bern, 1978.
- ZUCCA, Lorenzo/ JACCO, Bomhoff, “The tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights”, *European Constitutional Law Review* 2 (2006): 424-442.