

Floriano de Azevedo Marques Neto  
Fernando Dias Menezes de Almeida  
Irene Patrícia Nohara  
Thiago Marrara  
(Organizadores)

# DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Adilson Abreu Dallari	Irene Patrícia Nohara
Alexandre de Moraes	José dos Santos Carvalho Filho
Almiro do Couto e Silva	Juarez Freitas
Ana Maria Pedreira	Leandro Bortoleto
Bernardo Strobel Guimarães	Luiz Carlos Figueira de Melo
Carlos Antonio Luque	Luis Manuel Fonseca Pires
Carlos Ari Sundfeld	Luís Paulo Aliende Ribeiro
Carlos Vinícius Alves Ribeiro	Marçal Justen Filho
Celso Antônio Bandeira de Mello	Marcelo Figueiredo
Cristiana Fortini	Márcia Walquiria Batista dos Santos
Dalmo de Abreu Dallari	Marcos Augusto Perez
Daniel Wunder Hachem	Maria Coeli Simões Pires
Daniela Câmara Ferreira	Maria Garcia
Daniela Liborio Di Sarno	Maria Paula Dallari Bucci
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Mariana Magalhães Avelar
Dora Maria de Oliveira Ramos	Miguel Di Pierro
Edmir Netto de Araújo	Paulo Modesto
Edson Ricardo Saleme	Rafael Wallbach Schwind
Egon Bockmann Moreira	Raquel Bastos Ferreira
Elival da Silva Ramos	Raul Miguel Freitas de Oliveira
Emerson Gabardo	Regina Helena Costa
Eneida Desiree Salgado	Roberta Densa
Fabiana Cristina Severi	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fábio Pallaretti Calcini	Sérgio D'Andrea Ferreira
Fabrizio Macedo Motta	Shirlei Silmara de Freitas Mello
Fernanda Dias Menezes de Almeida	Thiago Marrara
Fernando Dias Menezes de Almeida	Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes
Flávio Luiz Yarshell	Viviane Siqueira Rodrigues
Floriano de Azevedo Marques Neto	Wallace Paiva Martins Junior
Gilberto Bercovici	Weida Zancaner
Guilherme Jardim Jurksaitis	
Heleno Taveira Torres	
Heloisa Conrado Caggiano	

© 2013 by Editora Atlas S.A.



Capa: Zenário A. de Oliveira  
Composição: CriFer – Serviços em Textos

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Direito e administração pública : estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro / Floriano de Azevedo Marques Neto... [et al.] (organizadores). – São Paulo : Atlas, 2013.

Outros organizadores : Fernando Dias Menezes de Almeida,  
Irene Patrícia Nohara, Thiago Marrara

Vários autores.  
Bibliografia.

ISBN 978-85-224-7996-2  
eISBN 978-85-224-8201-6

1. Administração pública – Brasil 2. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. I. Marques Neto, Floriano de Azevedo. II. Almeida, Fernando Dias Menezes de. III. Nohara, Irene Patrícia. IV. Marrara, Thiago.

13-05360  
CDD-354.81

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Administração pública 354.81

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.  
Rua Conselheiro Nébias, 1384  
Campos Elísios  
01203 904 São Paulo SP  
011 3357 9144  
atlas.com.br

# SEGURANÇA JURÍDICA E LIMITES DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

*Helena Taveira Torres<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1 Segurança jurídica dos princípios e a demarcação material das limitações ou restrições ao âmbito essencial dos direitos e liberdades fundamentais. 2 Princípio de proporcionalidade e estabilidade normativa dos direitos e liberdades fundamentais. 3 A garantia de proporcionalidade da segurança jurídica das restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais. 3.1 As restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais como pressupostos de aplicação do princípio de proporcionalidade. 3.2 A metódica constitucional da garantia de proporcionalidade. 3.2.1 A proporcionalidade *stricto sensu* e o sopesamento: diferenciação funcional. Considerações finais.

## I SEGURANÇA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS E A DEMARCAÇÃO MATERIAL DAS LIMITAÇÕES OU RESTRIÇÕES AO ÂMBITO ESSENCIAL DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

A natureza normogenética dos princípios é inegável. Daí a imprescindibilidade de meios racionalmente controláveis para preservar (a) a *segurança jurídica dos princípios*, pela garantia de *concretização (a.i)* e de *sopesamento (a.ii)* dos direitos e liberdades

<sup>1</sup> Professor e Livre-Docente de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Presidente da Comissão de Graduação da Faculdade de Direito e Conselheiro do Conselho de Graduação da USP. Vice-Presidente e Membro do Comitê Executivo da *International Fiscal Association* - IFA. Advogado.

fundamentais; e, igualmente, para proteção (b) dos *objetivos de valores constitucionais*. Com isso, a garantia de segurança jurídica material dos *princípios* (valores) e dos *objetivos* (fins) constitucionais ganha em autonomia e força vinculante, a partir do sistema jurídico considerado como ordem axiológica que visa a concretizar valores e fins.

Norma jurídica, seja regra ou princípio, veicula valores<sup>2</sup> porque, como bem ressaltado por Johannes Hessen, “o dever ser não confere o fundamento de valor; é o valor que nos dá o fundamento do dever ser”.<sup>3</sup> De fato, as normas (dever-ser) têm origem em valores que antecipam a direção para as condutas normadas: se obriga, se proíbe, se qualifica como ilícita. E o mesmo vale para os “fins” constitucionais, identificados a partir de um ou mais valores como diretivos para a decisão e para a ordenação de condutas. Por isso tem razão Miguel Reale quando esclarece: “Sem a ideia de *valor*, não temos a compreensão do *dever ser*. Quando o dever ser se origina do valor, e é recebido e reconhecido racionalmente como motivo da atuação ou do ato, temos aquilo que se chama um *fim*. *Fim é o dever-ser do valor reconhecido racionalmente como motivo de agir*.”<sup>4</sup> E, para a aplicabilidade da norma, qualquer juízo de valor que se possa enunciar exigirá uma pré-compreensão dos fatos que a condicionam no ordenamento, na medida em que uma racional apuração dos valores informadores do dever-ser normativo, admitidos como finalidade ou programa das normas jurídicas, requererá sempre uma abertura sistêmica à realidade factual.<sup>5</sup>

Neste particular, acompanhamos Habermas, ao distinguir *normas* e *valores* pelas referências ao agir obrigatório (normas) e teleológico (valores), razão suficiente para justificar que os valores somente tornam-se vinculantes quando assumem a condição de *normas-princípios*. Como assinala Habermas, na aplicação do ordenamento: “O ver-

<sup>2</sup> A teoria dos valores é imprescindível à aplicação do direito: “La théorie des valeurs semble fournir le cadre explicatif pour le passage entre le fait brut et la finalité, pour l’interprétation rationnelle des comportements humains” (GRZEGORCZYK, Christophe. *Théorie générale des valeurs et le droit: essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*. Paris: LGDJ, 1982. p. 27).

<sup>3</sup> HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 46.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 378; e não por outro motivo, são oportunas as palavras de Sacha Calmon: “A missão do jurista, a par de conhecer o Direito, é introduzir nos sistemas jurídicos a axiologia do *justo* e do *igual* em escala planetária” (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 12).

<sup>5</sup> Para Robert Alexy haveria uma distinção entre valor e princípio (a partir de uma distinção de Von Wright entre conceitos práticos deontológicos, axiológicos e antropológicos) que se poderia resumir do seguinte modo: “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.” E continua: “O modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom)” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153).

dadeiro problema reside na adaptação de princípios do direito a valores.”<sup>6</sup> Também para Sergio Cotta o Direito deve ser visto como um sistema, mas precipuamente como um sistema de valores.<sup>7</sup>

Toda ordem jurídica tem por finalidade realizar valores. Definitivamente, não há outro caminho. O ordenamento, especialmente o subsistema constitucional, assumiu o papel de acomodar os fins e valores, com “função *mediadora* entre a universalidade abstrata das categorias de *valor* e *fim* e a particularidade concreta do agir em situação”.<sup>8</sup> E isso porque os princípios são valores integrados ao ordenamento jurídico e veiculam direitos e liberdades fundamentais.<sup>9</sup> Basta pensar que os juízos que atribuem a qualidade de “lícita” ou “ilícita” a uma dada conduta humana são juízos, como observa Kelsen, que afirmam um valor de direito, por ele chamados de “juízos jurídicos de valor”, assim definidos segundo as provas relativas à conduta fática, considerada como “conduta lícita” ou como “conduta ilícita”.<sup>10</sup> Nesses termos, todas as unidades do sistema normativo, dado que são categorias do plano do “dever-ser”, são meios de manifestação de valores, dos quais decorrem os *fins* do sistema jurídico, especialmente aqueles que significam a consagração de direitos e liberdades fundamentais, para os quais a positivação em normas-princípios é fundamentação para sua vinculação e efetividade.

Os princípios são normas vinculantes e devem ser observados e aplicados na máxima possibilidade, em todos os casos e sem exceções (derrotabilidades). Nesse sentido, sua eficácia é tão vinculante quanto a de qualquer outra forma de regra jurídica. Não são, os princípios, figuras de retórica jurídica, mas meios de identidade do ordenamento e do Estado Democrático de Direito. Este modelo de estudo dos princípios com abertura a valores permite abandonar superadas práticas hermenêuticas ou conceitos de indisfarçável apelo ontológico, em favor de uma hermenêutica construtivista,<sup>11</sup> voltada para a determinação do *âmbito normativo* e do *conteúdo essencial*

<sup>6</sup> Nas palavras de Habermas: “Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* cit., p. 316-317).

<sup>7</sup> Sergio Cotta destaca muito bem essa característica do sistema jurídico: “Il sistema normativo è, in linea di principio, un sistema di valori giuridici” (COTTA, Sergio. *Il diritto come sistema di valori*. Milano: San Paolo, 2004. p. 38).

<sup>8</sup> VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 282. Ver ainda: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. In: *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 19-31.

<sup>9</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa: a construção dogmática*. Coimbra: Almedina, 2006, v. 2. p. 652.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 44.

<sup>11</sup> Na linha do denominado “constructivismo lógico-semântico” de Lourival Vilanova e difundido por Paulo de Barros Carvalho, sem qualquer confusão com o chamado “constructivismo ético”.

dos princípios e do controle sobre sua efetividade segundo elementos rigorosos da teoria constitucional e de metaética jurídica.

Princípios são normas *lato sensu* de direito positivo que prescrevem valores objetivos, relativos e vinculantes para todo o sistema jurídico, com ou sem limitação a específicas regras ou subsistemas, cujas prescrições obrigam ao máximo de observância e efetividade e vedam qualquer conduta em sentido contrário ao seu *âmbito normativo*, e mormente ao seu *conteúdo essencial*.

Os princípios são normas jurídicas vinculantes na observância do seu *âmbito normativo*, e, por isso, todo o ordenamento deve assegurar a sua proteção (efeito de bloqueio), como o contrafeito da nota diferencial da *otimização*, na acepção de Robert Alexy, que obriga à máxima efetividade. Esta capacidade de irradiação do princípio permite que este expanda seus efeitos por infindáveis momentos do *corpus* jurídico; ao mesmo tempo, cabe ao sistema jurídico assegurar a preservação do seu *conteúdo essencial* em todas as circunstâncias.

As normas (regras ou princípios) não são dados, mas *constructos* do procedimento hermenêutico, segundo os parâmetros do sistema jurídico e à luz do paradigma admitido, na hipótese, a *norma fundamental*, sem qualquer interferência da moral ou dos valores absolutos do jusnaturalismo. Não é necessário, e seria logicamente incongruente, que, assumido esse paradigma para a validade das “regras”, de outra banda, para a definição do *âmbito normativo* ou a aplicação dos princípios, o intérprete lançasse mão de recursos a valores *a priori* externos aos domínios constitucionais ou sistêmicos, pré ou supraconstitucionais, cuja validade somente poderia ser atendida por método *dedutivo*,<sup>12</sup> numa relação de conteúdos, o que se vê negado pela norma fundamental.<sup>13</sup>

Feito isso, o passo seguinte diz respeito ao modo de compreender a relação entre o conceito de “norma” e o de “texto normativo”. A norma jurídica, em sentido estrito, é o resultado da construção interpretativa. Antes, tem-se o plano sintático de expressão textual dos enunciados normativos, no qual residem os enunciados prescritivos com sentido possível, mas não suficiente para falar de “norma jurídica”, na sua integridade, como juízo lógico-deôntico completo do “dever-ser” (e seus valores) e na sua constituição em hipótese e consequente.<sup>14</sup> Toda “norma jurídica” pressupõe inter-

<sup>12</sup> Para uma distinção de princípios baseada na relação entre valores jusnaturalistas e positivismo, Jorge Miranda separa os seguintes tipos: 1) *Princípios axiológicos fundamentais*, 2) *Princípios político-constitucionais* e 3) *Princípios constitucionais instrumentais* (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 257).

<sup>13</sup> “Mentre le regole stabiliscono ciò che si deve o non si deve in circostanze determinate dalla regola stessa, i principi stabiliscono orientamenti generali da seguire in tutti i casi, non predeterminati dal principio stesso, che possono verificarsi. Pertanto, un principio ha una capacità espansiva maggiore di una regola ma, a differenza di questa, necessita di una attività ulteriore di *concretizzazione* che ponga il principio in relazione a casi specifici” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet, 1999, p. 104); GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1. p. 706.

<sup>14</sup> Daí a certa conclusão de Giuseppe Zaccaria e Francesco Viola, sobre o erro da doutrina em examinar a distinção entre “regra” e “princípio” como se fosse possível admitir essa separação “estaticamente”: “Ciò

pretação. Antes da norma jurídica, só há “texto”. Nesta configuração de produto da interpretação, somente as normas jurídicas completas são típicas “regras de conduta”.<sup>15</sup> E estas, por sua vez, criadas segundo a aplicação das chamadas “regras de estrutura”, que são igualmente interpretadas e se prestam para movimentar as fontes de produção de normas nas suas funções (competências) institutivas.

Apenas por essas razões expostas já se vê o quanto é discutível a formulação da diferença – de resto, calcada em vã ontologia – entre “regra” e “princípio”, como parte da doutrina vem fazendo, sem qualquer apego à precisão e ao rigor metodológico. Basta pensar na própria dinâmica de produção de “normas”, como assinalado, para ver que essa apreensão de regras como objetos “dados”, *a priori*, como se isso fosse possível, sugere confundir “norma” com o simples enunciado textual.

Para salvar essa construção e apropriar-se dos seus aspectos mais robustos, pode-se falar de norma jurídica em um *sentido amplo*, do qual fazem parte tipos de “regras” (conduta ou estrutura), de “princípios”, “garantias” e de “objetivos de valor constitucional”.<sup>16</sup> Ainda que na forma de juízos hipotéticos, para o cumprimento da conduta normada (i) ou para elaboração de outras normas (ii), estas igualmente dependem de um ato prévio de interpretação e de valoração do “dever-ser”, com vistas a delimitar o conteúdo dos seus elementos normativos, em um sentido indicativo da conduta modalizada (obrigatório, permitido ou proibido) ou do *âmbito normativo* dos princípios e garantias.

Colhidos isoladamente, os “princípios”, enquanto proposições axiológicas, carecem da cogência e modalização deôntica das “regras”, mas só aparentemente, pois orientam e cooperam com o processo de produção da *norma de decisão* com semelhante eficácia. Quanto à observância, são, os “princípios”, não só igualmente vinculantes como, decerto, impõem tanto mais rigor de acatamento do que qualquer “regra” aos

---

che il giuspositivismo non riesce ad assimilare è proprio questa concezione pragmatica della normatività giuridica, che è un processo i cui elementi sono tutti funzionali all’opera da farsi, cioè alla produzione della regola del caso concreto. L’errore del giuspositivismo non è tanto quello di ricondurre i principi alle regole, ma quello d’intendere la normatività giuridica come un punto fermo da cui partire per risolvere le controversie piuttosto che come un processo di elaborazione della decisione” (ZACCARIA, Giuseppe; VIOLA, Francesco. *Diritto e interpretazione...* cit., p. 396; cf. também: COMANDUCCI, Paolo. Princípio giuridici e indeterminazione del diritto. In: COMANDUCCI, Paolo. *Assaggi di metaetica due*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 86).

<sup>15</sup> Conforme Schauer: “Los argumentos en favor de la toma de decisiones basada en reglas se han centrado tradicionalmente en la capacidad de las reglas para promover virtudes interrelacionadas tales como la confianza, la certeza y el carácter predecible de los resultados” (SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad. Claudina Orunesu. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 200).

<sup>16</sup> Como observa Comanducci: “La tipologia sembra presupporre un’ontologia delle norme, così che una norma, fin dall’inizio (dal momento della sua produzione se si tratta di una norma giuridica), o è un principio o è una regola. Ogni norma è necessariamente un principio o una regola (o un *tertium quid*, se si ammette che la coppia principi/regole non esaurisca l’universo delle norme)” (COMANDUCCI, Paolo. Princípio giuridici e indeterminazione del diritto. In: COMANDUCCI, Paolo. *Assaggi di metaetica due*. Torino: Giappichelli, 1998. p. 87-88).

seus destinatários. Eles concorrem para a decisão criadora de regras (no caso das fontes) ou para a decisão de observância das regras (função de orientação das condutas) com a imposição de acatamento necessário, vedada sua *derrotabilidade* ou afastamento. Basta pensar no princípio da legalidade ou da não cumulatividade, para que se tenha a evidência dessa segurança jurídica dos princípios: a garantia de vinculação das condutas pelos órgãos ou as fontes do direito (i) e a proibição de exclusão ou de derrotabilidade dos princípios nos atos de aplicação (ii). Nas situações exigidas, eles devem ser observados na mesma medida do que qualquer regra que se imponha na hipótese. Daí a importância de construção do conteúdo essencial dos princípios, ao que se exige a observância dos condicionantes de aplicação dos valores.

Imprecisa, pois, a noção de “tudo” ou “nada” das regras, como apregoado por Dworkin (*applicable in all-or-nothing fashion*), quando não se trata de uma análise *a posteriori* de qualquer ato de interpretação, mediante a objetiva identificação das normas jurídicas em sentido estrito, modalizada em uma das condutas possíveis, para *obrigar*, *proibir* ou *permitir* algo. Assim, afastadas as proposições reveladoras de feições ontológicas que prosperaram no passado, e que ainda campeiam na atualidade, assim como alguma definição *a priori* do conteúdo dos princípios, a composição (criadora) da norma de conduta, ao que devem concorrer textos de “regras” e textos de “princípios”, exigirá sempre a produção de uma típica *regra de decisão* (norma jurídica *stricto sensu*).<sup>17</sup> E esta será sempre uma “regra”, insistimos, nunca um “princípio”. Na condição de norma jurídica *stricto sensu*, só há “regras”, cujo “dever-ser” define-se pelos “princípios” aplicáveis, vinculantes e nunca excepcionados (ou derrotados).

No constitucionalismo dos direitos, típico do Estado Democrático de Direito, o sistema constitucional tornou-se eminentemente principiológico, e disso advém sua textura aberta, permeável aos valores que se pretende realizar. Ora, uma teoria da *segurança jurídica dos princípios* (material) deve persistir na máxima efetividade destes (i) e na sua prevalência ou inderrotabilidade (ii) nos atos de aplicação e de decisão jurídica. Neste passo, a metódica da *concretização* dependerá dos atos de decisão dos órgãos legislativos, judiciais ou administrativos, os quais, ao longo dos procedimentos adotados, devem identificar os *conteúdos essenciais* dos princípios envolvidos e, ao mesmo tempo, garantir o máximo de observância na construção da norma aplicável.

Dá-se, assim, um novo sentido à noção de *limites imanes*, cômicos de que no Estado Democrático de Direito não se reconhecem direitos pré ou supraconstitucionais.<sup>18</sup> O ordenamento protege direitos e liberdades fundamentais, todos na forma

<sup>17</sup> Apreciação crítica a esse respeito já aparecia na obra de Crisafulli: “La differenza tra norme particolari e norme-principio è dunque essenzialmente relativa, e spesso praticamente irrilevante, poiché una norma che si atpeggia come principio, se considerata, rispetto ad una o più altre subordinate, appare invece come semplice norma particolare nei confronti di una norma-principio ulteriore, che la ricomprenda a sua volta” (CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 39).

<sup>18</sup> No mesmo sentido João Maurício Adeodato, para quem “é ilusório e disfuncional um conceito de fundamento ético, direitos subjetivos, direitos humanos ou dignidade da pessoa humana, que esteja fora do direito positivo e a ele superior” (ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3).

de princípios relativos, objetivos, inderrotáveis e juridicamente vinculantes, os quais compõem um quadro no qual se articulam e condicionam-se mutuamente, na forma de princípios que devem ser concretizados ao máximo a cada ato de aplicação às condutas normadas.

Para Robert Alexy não há que se falar em *conteúdo essencial* dos princípios, previamente identificável como núcleo do direito fundamental, ao preferir um conceito relativo de conteúdo essencial, diversamente daqueles que se situam em posição substantiva e que o admitem como medida preestabelecida e fixa do direito fundamental.

O *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais deve ser construído pela hermenêutica dos princípios.<sup>19</sup> Nem mesmo a fundamentação intersubjetivista dos direitos humanos, aberta e revisável,<sup>20</sup> como propugnado por Pérez Luño, na esteira de Jürgen Habermas, com o propósito de identificar os valores envolvidos em cada direito ou liberdade fundamental, dentro da atividade discursiva da razão prática, pode prosperar com aspiração a alguma exclusividade metodológica nessa metódica qualificadora. Qualquer interpretação que se faça dos direitos fundamentais deve iniciar-se pela pré-compreensão dos valores envolvidos, com vistas à determinação dos conteúdos essenciais dos direitos e liberdades.

Não obstante a razoabilidade dessas argumentações, defende-se aqui a preservação do *conteúdo essencial dos princípios*, pois a todos é dado o direito de conhecer previamente o catálogo de *direitos fundamentais*, passíveis de alegação sempre que se verificar qualquer lesão ou ameaça ao direito, tanto no “essencial” quanto no que for “acessório”, como exercício de um *mandamento de proteção permanente*, objeto da titularidade do *direito subjetivo fundamental* que exsurge com a afetação ou restrição a qualquer direito ou liberdade.

A função precípua do *conteúdo essencial* consiste em determinar o mínimo do *âmbito material* da atuação eficaz do princípio, segundo as delimitações constitucionais e as autorizações conferidas ao legislador para restrição de cada direito ou liberdade. Nesta feição, o *conteúdo essencial* presta-se como garantia de certeza jurídica, para a preservação do *âmbito normativo* do direito fundamental, o que exige esta prévia determi-

<sup>19</sup> Como assevera José de Melo Alexandrino: “Esta última observação evoca uma conferência proferida em Itália, por Klaus Stern, onde o insigne Professor proclamou abertamente a irrelevância das, assim chamadas, teorias de direitos fundamentais no domínio em que delas mais se esperaria (o da interpretação constitucional), bem como o ‘erro’ em que desta forma incorria grande parte dos juspublicistas do seu país: tendo anotado a gênese, o conceito e os principais esforços doutrinários de edificação de uma teoria de direitos fundamentais, Klaus Stern concluiu ser mais do que justificado o cepticismo quando se pretende falar de uma teoria de direitos fundamentais, sobretudo quando se não encontra na jurisprudência do Tribunal constitucional federal ‘uma única palavra sobre uma teoria de direitos fundamentais’” (ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema...* cit., p. 65; cf. ainda: HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 83-115).

<sup>20</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 183.

nabilidade – acrescido das manifestações de interpretação do tribunal constitucional, em caráter cumulativo e evolutivo.

A afirmação do *conteúdo essencial* redefine, assim, a teoria dos “limites imanentes”, segundo os critérios do relativismo axiológico e partindo-se do pressuposto de que nenhum direito é ilimitado e de que todo e qualquer direito ou liberdade comporta certas “fronteiras”, os seus “confinos”, passíveis de determinabilidade no processo hermenêutico. Cautelas, porém, devem ser adotadas, pois este critério<sup>21</sup> não se pode converter em uma espécie de redução axiológica ou eficaz do princípio a um “mínimo” necessário ou “essencial”. Prevalecem o postulado da otimização do princípio na sua máxima possibilidade e a capacidade de expansão axiológica.

A *delimitação* destina-se a conferir, com objetividade, o “essencial” do *âmbito normativo* de cada direito, proclamando suas fronteiras, como limite da preservação do seu *conteúdo essencial*. A *limitação* ou *restrição*, porém, indica os limites do sacrifício do direito ao seu exercício, o que só pode ser feito no extremo daquilo que não afete à *delimitação* interior. Não admitir a possibilidade de *delimitação* do *âmbito normativo* dos princípios tornaria a vida dos sujeitos submetidos a uma dada Constituição impossível, por não saberem previamente como identificar seus direitos, dado que tudo dependeria sempre de decisões futuras. O próprio exercício do STF orienta-se nesse sentido. A resistência que se deve opor consiste na proteção ao *conteúdo essencial* dos direitos e liberdades.

A outra função corresponde à necessária *delimitação* do *conteúdo essencial* do direito para o exame da concordância prática de eventuais *restrições* (infraconstitucionais) a direitos ou liberdades fundamentais, mas sempre com observância máxima do conteúdo essencial.

Nestes termos, qualquer *restrição* a direitos ou liberdades poderá ser justificada e legitimada, desde que não afete o *conteúdo essencial* do princípio. Daí a imprescindibilidade do conteúdo essencial, delimitado a partir das limitações (constitucionais) e entabulado como limite a quaisquer restrições autorizadas para direitos e liberdades, ademais das interpretações do tribunal constitucional.

Nessa dúplice feição, não se vê qualquer impedimento para qualificar de *limites imanentes* esses contornos do *conteúdo essencial*, desde que mantida muito clara a relativização dessas fronteiras, na interação entre direitos e liberdades.

Admitir a existência de *limites imanentes* quanto ao *conteúdo essencial* dos princípios não significa qualquer adesão à noção absolutista de valores ou princípios gerais dos idos tempos do jusnaturalismo. Antes, no relativismo axiológico do Estado Democrático de Direito, apresentam-se como demarcação funcional do *âmbito normativo* do direito fundamental, sem qualquer imposição de limites estanques, cabível sempre sua expansão para alcançar novas dimensões do direito ou da liberdade fundamentais.

<sup>21</sup> Cf. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 21 e ss.

As limitações a direitos e liberdades constitucionais exigem esclarecimentos quanto às suas diferenciações entre suas modalidades. Autores há que distinguem os “limites dos direitos” fundamentais (*intrínsecos*) daqueles “limites aos direitos” fundamentais (*extrínsecos*, como limites à sua expansão, à titularidade ou aos efeitos jurídicos).<sup>22</sup> Tem-se a separação entre *limites imanes* como limites do direito e os chamados “limites ao direito” (*extrínsecos*), tanto os de ordem constitucional (*delimitações*) quanto os de âmbito infraconstitucional (*restrições*).<sup>23</sup> Não persistem, portanto, apenas os chamados *limites imanes* (intrínsecos), “do” direito ou “da” garantia fundamental; também encontram-se na própria Constituição e no ordenamento os limites extrínsecos “ao” direito ou “à” garantia, como se verifica na hipótese das restrições formais, exclusões de titularidade do direito ou restrição aos efeitos jurídicos, em casos específicos.

Quando se fala de “limites”, tem-se sempre a sensação de que isso representa redução do campo material de atuação do direito fundamental (redução do seu *âmbito normativo*, como diria F. Muller).<sup>24</sup> Em verdade, a demarcação de confins tem pretensões também positivas, quanto à afirmação do conteúdo do princípio e sua expansão axiológica, sempre que possível, ou sem qualquer restrição a tanto. As *garantias* a direitos fundamentais são exemplos de limitações que demarcam contornos materiais ou formais de proteção em relação à atuação dos poderes públicos, ao mesmo tempo em que, em si mesmas, requerem determinação dos seus limites imanes. Em qualquer caso, *garantias* são postas não só para preservar o conteúdo essencial como também para favorecer a expansão material e axiológica dos *direitos e liberdades* fundamentais.

Quanto às limitações infraconstitucionais ou *restrições*, nenhum *conteúdo essencial* de direito fundamental pode ser afetado, limitado ou alterado por lei ou ato infraconstitucional, sob pena de se ter a negação dos limites da própria noção de *rigidez* constitucional. Antes, a aplicação do princípio exigirá, como mínimo semântico e axiológico, a determinação do seu *conteúdo essencial*, e, com isso, o dever de reação do ordenamento a qualquer inconstitucionalidade violadora dos limites típicos do direito fundamental.<sup>25</sup> A *delimitação* a direito fundamental é possível, mas desde que venha autorizada

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 1.008 p.; ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema...* cit., p. 456.

<sup>23</sup> Como esclarece Canotilho: “Existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de protecção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direitos ‘diminuem’ ou limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de protecção da norma consagrada desses direitos e a eficácia de protecção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.263).

<sup>24</sup> Cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>25</sup> Não era outra a lição de Hans Kelsen: “Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, na forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade, etc. A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode

pela Constituição (i), que esta confira ao legislador o direito de promover algum tipo de restrição (ii), ou que, na necessidade de *conciliar* os exercícios de direitos ou liberdades de todos entre si (relativismo), sejam atendidos os pressupostos dos limites imanes na prática relacional dos valores (iii). Diante disso, para os efeitos do presente estudo, os *limites imanes* dos princípios não são dados *a priori*, como se via no jusnaturalismo (a “liberdade”, a “segurança”, a “justiça” etc.), mas, na conformidade com o constitucionalismo atual, estes são definidos *a posteriori*, no encontro relacional entre direitos, liberdades e suas formas de garantias.

De se ver, o *âmbito normativo* dos direitos e liberdades fundamentais não se limita pelo *conteúdo essencial* dos seus princípios, por qualquer “fechamento” aos seus “limites imanes”, apenas. O conteúdo essencial é o mínimo protegido, o núcleo essencial contra o qual nenhuma medida restritiva pode atentar, a partir do seu *âmbito normativo*. Por isso mesmo, todo princípio é marcado pela expansão concêntrica dos seus contornos axiológicos, assegurada sua concretização na maior amplitude possível, preservado o núcleo essencial. A determinação do conteúdo essencial dos direitos revela os limites “do” direito fundamental; mas concorrem os limites “ao” direito fundamental entabulados pela Constituição.

As *restrições* a direitos ou garantias fundamentais são sempre uma espécie de intervenção de *ação estatal*. Essas *restrições* a direitos fundamentais por atos infraconstitucionais são frequentes em matéria tributária, como se vê nas licenças para quebra de sigilo de dados bancários para fins tributários, em face do direito fundamental à intimidade e à preservação do sigilo de informações e dados, as quais devem ser controladas pelos aplicadores, para garantir o efetivo convívio entre estas restrições e a preservação dos direitos e liberdades afetados, cabível a justificativa de necessidade e concordância prática da medida.

Com a *restrição* expressa ou implícita a direitos fundamentais reduz-se o *âmbito de proteção* do direito ou da garantia fundamental,<sup>26</sup> o que deve vir sempre em favor da concretização de valores ou de direitos de importância equivalente. O *âmbito de proteção* do direito ou da garantia, por ter como função preservar os direitos fundamentais que lhe servem de objeto, determina-se a partir do conteúdo essencial, da interpretação e experiência de aplicação do direito ou liberdade e do conjunto de delimitações e restrições, e desde que estas sejam necessárias e justificadas, quer para viabilizar o exercício (limitado) do direito, quer para sua concretização típica.

O legislador, como qualquer outra autoridade, não tem autorização para afetar o *conteúdo essencial* de qualquer direito ou liberdade fundamental. Para garantir essa pre-

ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 132).

<sup>26</sup> Cf. CASAL H., Jesús M. Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 28, n. 82, p. 83-117, 2008.

visibilidade, o “essencial” dos direitos é algo que demanda demarcação ou *delimitações*, sentido aqui empregado para a expressão *limites imanes* (afastado o sentido jusnaturalista originário).<sup>27</sup> Neste passo, a acepção adotada para *limites imanes* pode ser utilizada para indicar o *conteúdo essencial* de qualquer direito ou liberdade fundamental deduzido das restrições autorizadas pela Constituição, dentro do seu espaço de previsibilidade, mas não o respectivo *âmbito normativo* do princípio (direito ou liberdade fundamental *prima facie*). E, neste caso, o *âmbito normativo* deverá sempre ser examinado diante da situação fática e à luz do estágio evolutivo do valor constitucional, pela sua capacidade de expansão axiológica no ordenamento.

Não basta, pois, que o *conteúdo essencial* seja devidamente delimitado. Este é um passo importante na efetividade da *garantia de segurança jurídica dos princípios*, quanto à aferição da “certeza” do seu conteúdo de base e, também, à compreensão do âmbito material possível de otimização (*âmbito normativo*). Determinado, porém, o *âmbito normativo* dos princípios, nas suas máximas possibilidades, a cada ato de aplicação do direito positivo, deve-se promover a “concretização” da norma-princípio, segundo o valor por esta veiculado.

Assim, os limites imanes *a posteriori* do *conteúdo essencial*, na forma em que os concebemos, hão de respeitar a “construção” da experiência constitucional do âmbito normativo do direito fundamental, secundados por regras materiais de nível constitucional, ou por estas autorizadas. Destarte, a expansão material do *âmbito normativo* do princípio vê-se delimitada de modo *expresso*, por regras específicas da Constituição, e de forma *implícita*, como decorrência da coexistência dos princípios, como limitações recíprocas (independentemente de qualquer “colisão”) do relativismo axiológico.

## 2 PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE E ESTABILIDADE NORMATIVA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

Dentre as normas que melhor evidenciam as novas funções da segurança jurídica no constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, certamente as garantias de preservação do *conteúdo essencial* e concretização (incluído o sopesamento) dos direitos fundamentais (i), a *proibição de excesso* (ii), a *proporcionalidade* (iii) e a *razoabilidade* (iv) são as formas mais representativas de resistência ao arbítrio e às restrições excessivas nos atos de aplicação dos direitos fundamentais, um avanço incontestável da doutrina jurídica e da jurisprudência contra a discricionariedade judicial e o legalismo impermeável a valores.

Decisões administrativas ou judiciais em matéria de princípios devem vir acompanhadas da metodologia hermenêutica empregada na determinação do *âmbito normativo* ou do *conteúdo essencial* dos princípios aplicados (i) e no controle das *restrições a direitos fundamentais* (ii), afastada qualquer discricionariedade.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 133.

Não basta, pois, alegar algum princípio como razão de decidir. A motivação deve trazer criterioso demonstrativo dos modelos de controlabilidade da decisão ou da racionalidade na aplicação dos princípios, como forma de preservação dos parâmetros de segurança jurídica. O inusitado é que o consequencialismo, os excessos de expectativas em torno dos princípios e uma espécie de glorificação dos precedentes judiciais em detrimento da legalidade prosperam sem apegos a critérios claros e racionais de decisão. Entretanto, este é um modelo perigoso para a democracia (pela perda do referencial da legalidade) e para a segurança jurídica dos princípios, o que merece cautelas.

Não sem razão, ao longo dos últimos anos intensificaram-se os debates sobre o “consequencialismo” jurídico das decisões dos Tribunais, matéria que se tornou assaz preocupante, particularmente no direito tributário. Entre outros aspectos, observa-se uma rotina de forte mutabilidade de entendimentos jurisprudenciais, com o agravante da eficácia retroativa e muitas vezes seguida de afetações a situações consolidadas no tempo por sucessivas decisões judiciais ou até mesmo sumuladas por outros tribunais, como ocorre entre o STF e o STJ. Urge, pois, examinar as garantias de estabilidade sistêmica na aplicação dos princípios.

Os recursos às *garantias*<sup>28</sup> que têm por finalidade atribuir “parâmetros de decisão por princípios” – concretização, ponderação, proporcionalidade, proibição de excesso e razoabilidade – são meios assecuratórios de estabilidade sistêmica, com fundamento na justiça dos valores e no teleologismo constitucional.<sup>29</sup>

Concentra-se atenção agora sobre as *garantias de proporcionalidade, de razoabilidade e de proibição de excesso* (todas implícitas, mas com idêntica eficácia de normas constitucionais), na instituição e exigibilidade de tributos e seus acréscimos, como multas e juros, além dos atos do procedimento ou do processo tributário, nos limites do quão necessário e adequado se faz a aplicação do Sistema Constitucional Tributário.

Atualmente, no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, não basta que a Constituição consagre direitos, se o esforço pela sua efetivação não se veja coerente com os valores constitucionais. E assim, para calibrações e balanceamentos

<sup>28</sup> Como observa Ingo Sarlet, com acuidade: “O que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É nesse sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. Não é, portanto, muitas vezes fácil identificar se estamos diante de um direito fundamental autônomo ou perante uma garantia, na medida em que diversas as situações em que ambos os elementos estão contidos na mesma norma definidora de direito fundamental. É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 179).

<sup>29</sup> Cf. DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law* (contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 116, p. 25 e ss., 1948.

necessários, com vistas à estabilidade funcional do sistema jurídico, põem-se as “correções” sistêmicas, a saber:

- (a) para o controle de *restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades* não necessárias ou gravosas, cabe o emprego da *proporcionalidade*;
- (b) nas hipóteses em que se faça cabível adequar o *equilíbrio entre a situação de fato e as normas jurídicas*, a “norma de decisão” pode ser “construída” segundo o parâmetro de aplicação da *razoabilidade*; e
- (c) tratando-se de *excesso do meio* utilizado, nos casos de aplicação administrativa ou judicial do direito, cabe a *proibição de excesso* ante qualquer outro método.

Parcela considerável da doutrina e do Judiciário ainda prefere designar o “princípio de proporcionalidade” *lato sensu* como gênero do qual a “proibição de excesso” seria espécie. Outros aceitam a *razoabilidade* ora como sinônimo de *proporcionalidade* (o STF, em muitas passagens), ora como gênero do qual a proporcionalidade seria espécie. O mesmo verifica-se com a proporcionalidade *stricto sensu*, confundida em alguns casos com o sopesamento e, em outros, com a razoabilidade. Faz-se mister identificar corretamente o âmbito de alcance de cada um desses instrumentos de estabilidade do sistema, para calibração coerente com seus fundamentos.

Avancemos, assim, ao estudo da *garantia de proporcionalidade*, parâmetro de controle das restrições infraconstitucionais a direitos ou liberdades, segundo a escolha jurídica do *meio mais adequado ao fim*, no limite da *necessidade* (ou de *menor restrição possível*, como prefere Larenz), e *proporcional* às circunstâncias materiais e subjetivas das situações concretas, em cotejo com os fins previstos na Constituição.

### 3 A GARANTIA DE PROPORCIONALIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS RESTRIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS A DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS

Basta passar os olhos na miríade de termos que se utilizou ou que se utiliza para a designação da *proporcionalidade* para que se possa ter uma ideia das dificuldades do seu exame teórico. São exemplos: “princípio de adequação”, da “necessidade”, da “menor interferência possível”, do “mínimo de intervenção”, do “meio mais suave ou mais moderado”, da “proibição de excesso”, da “razoabilidade”, como se fossem sinônimos ou subespécies. Resta clara apenas a importância de se estabelecer um conceito unitário do controle sobre as restrições legislativas,<sup>30</sup> judiciais ou

<sup>30</sup> Vale observar que a primeira tentativa de controle de restrições a direitos fundamentais surge com a própria cláusula de *due process of law*, não propriamente como *law of the land*, como constante do art. 39 da Magna Carta, mas como *equal protection of the law*, na experiência do direito americano. Para um exame mais detido, veja-se: DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei... cit., p. 22-24.

administrativas geradas sobre direitos ou garantias fundamentais, que se reserve à menor interferência possível.

O apelo à proporcionalidade chama atenção para o “equilíbrio”, a “justa medida” (Aristóteles), a “prudência”. Por isso, comumente, esse preceito aparece confundido com medida de “ponderação”, “proibição de excesso” ou “razoabilidade”, termos geralmente utilizados com grande aproximação semântica, mas que não se confundem. Nesse emaranhado de formulações, a certeza e a segurança jurídica veem-se prejudicadas na concretização da justiça e dos valores veiculados pelos princípios, pela indeterminação metodológica dos critérios exigidos em cada caso. Essa perplexidade, contudo, não é um problema brasileiro. Está presente em outros países. Mesmo na Alemanha – cuja primeira obra sistematizadora deste princípio data de 1955 (de Rupprecht Von Krauss), ainda que suas origens remontem ao *princípio de necessidade* (do *Estado de Polícia*) –, ou na larga aplicação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos,<sup>31</sup> ou do Tribunal de Justiça da União Europeia, lugares onde recebeu as mais profundas formulações, ainda são encontráveis vultosas divergências de opiniões e de terminologia.<sup>32</sup>

E tão relevantes quanto a terminologia são as funções exercidas pela *proporcionalidade* no ordenamento jurídico, matéria que ainda é motivo de grandes variações. Entre as mais rigorosas formulações, a *proporcionalidade* é vista por alguns como “princípio” (José Souto Maior Borges), como “pauta de aplicação do direito” (Eros Grau) ou como “garantia constitucional” de princípios contra excessos por “restrições infraconstitucionais” (como preferimos). Autores alemães (Alexy,<sup>33</sup> incluso) e italianos, por outro lado, ainda se referem à *proporcionalidade* como “máxima”, não bem com o sentido de “máxima jurídica”, mas com aquele de prevalência da doutrina do direito natural.

No direito positivo de tempos passados, sempre foram encontradas as *máximas*, assim entendidos os critérios pelos quais verdades eram afirmadas sem precisar de demonstração, geralmente dirigidas para a proteção de direitos naturais.<sup>34</sup> Nos dias atuais, porém, esses modelos já não prosperam na concretização dos direitos e liberdades fundamentais.<sup>35</sup> Agora, *norma jurídica constitucional* com eficácia de *garantia* cumpre esse fim, que é o princípio da *proporcionalidade*.

Quanto ao regime de “princípio” da norma jurídica da *proporcionalidade*, desde os idos da década de 70, muitos autores negam-lhe esse tratamento, mas tudo depen-

<sup>31</sup> Isso quanto à aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais). Cf. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Veja-se ainda: BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a Constituição de 1988. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 392-436.

<sup>32</sup> MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62 e ss.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... cit.*, p. 116.

<sup>34</sup> KANT, Immanuel. *Lógica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 131; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007. 1. *Teoria del diritto*.

<sup>35</sup> No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 168-169.

de do modo como convencionam a noção de “princípio”. Karl Larenz, por exemplo, ao entendimento de que “princípios não são regras imediatamente aplicáveis a casos concretos”, fazia separar os chamados “princípios ético-jurídicos” dos “princípios técnico-jurídicos”, em virtude do conteúdo material de justiça que aqueles veiculam, e nestes enquadrava a “proporcionalidade”, pela correlação com a “ideia de justa medida”, como espécie dos “princípios ético-jurídicos”.<sup>36</sup> Larenz preferia denominar os critérios da *proporcionalidade* (adequação e necessidade) como “princípios com forma de proposição jurídica”, exigidos na concretização do princípio do Estado de Direito (como se fossem *Lex*), por não se constituírem como modalidade de “princípio aberto” e não se confundirem com as normas jurídicas em sentido amplo.

No *constitucionalismo de direitos*,<sup>37</sup> do Estado Democrático de Direito, em superação ao *constitucionalismo estrutural e organicista* do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica efetiva-se pela estabilidade sistêmica, certeza do direito e pela concretização dos valores positivados como direitos e liberdades fundamentais. Nessas funções, o *princípio de proporcionalidade*, pelo quanto contribui para “conciliar o direito formal com o direito material”, nas palavras de Paulo Bonavides,<sup>38</sup> assume a natureza de típica “garantia”. Este princípio-garantia da proporcionalidade, portanto, é dotado de uma densidade axiológica incontestável. Tratando-se de uma *garantia* destinada a preservar os valores dos demais princípios, nessa condição, sintetiza a própria concretização dos valores “segurança”, “igualdade” e “justiça” no ordenamento.

Destarte, a *proporcionalidade* é espécie de princípio jurídico, na modalidade de *garantia* constitucional, ainda que *implícita*, e que tem por *finalidade* servir como *controle de aplicação de restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais*. A *implícitude* não prejudica a proporcionalidade na sua natureza normativa de garantia ou na eficácia jurídica de princípio. Sobrelevam-se, entre os seus fins, a efetivação da justiça e da igualdade<sup>39</sup> e as proteções contra o arbítrio e a discricionariedade excessiva nas restrições a direitos e liberdades.

<sup>36</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: C. Gulbenkian, 1983. p. 511-514.

<sup>37</sup> Com semelhante terminologia, não obstante com algumas diferenças de sentido: SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 213-235.

<sup>38</sup> Paulo Bonavides foi um dos primeiros a tratar, no início da década de 90, sobre o princípio da proporcionalidade (BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a Constituição de 1988... cit., p. 392-436). Cf. ainda: ROSAS, Roberto. Proporcionalidade no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 719-726; PECES BARBA, Gregorio; DE LUCAS, Javier (Org.). *El derecho en red – Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 727-735; COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 1987.

<sup>39</sup> São oportunas as palavras de José Souto Maior Borges, ao assentar sua posição firme contra o uso desmedido da proporcionalidade como simples critério hermenêutico, esvaziado do seu conteúdo e das suas primordiais finalidades de concretização dos *objetivos de valor constitucional* e do conteúdo essencial dos

A *proporcionalidade*, como princípio-garantia (na sua totalidade), tem como função preservar o *conteúdo essencial* dos direitos e liberdades contra o arbítrio, afetações inadequadas à relação meio-fim ou que ultrapassem o limite da necessidade, segundo uma relação entre a medida adotada e os fins constitucionais da competência que autoriza a restrição. Converter a proporcionalidade em um método de aplicação objetiva desprovido de vínculo material com a realização dos valores ou com a efetividade dos direitos fundamentais protegidos seria algo de todo incoerente com sua própria função de controle das restrições.

A função da *proporcionalidade*, de *garantia* do indivíduo nos casos de limitações ou restrições de direitos ou liberdades constitucionais, é parte do programa de efetividade da própria Constituição material e da eficácia dos direitos e liberdades fundamentais.<sup>40</sup> E como toda garantia é sempre uma *norma* que não admite graduabilidade e diferenciação, como ensina Forstthoff, a exemplo do que ocorre com aquela do *due process of law* ou do juiz natural, o fato de não se submeter a eventuais sopesamentos, na hipótese de colisão, não a faz menos “princípio”, na condição de típica *garantia*.<sup>41</sup>

Quanto à *implicitude* assinalada, é bem verdade que esta já começa a ceder passo à presença constante em cartas de direitos humanos, nas constituições mais avançadas e na própria legislação infraconstitucional. Entre outros exemplos de constituições que contemplam a *proporcionalidade*, apenas para ficar no que julgamos mais significativo, veja-se o caso da Espanha, em particular o art. 3º, da Ley General Tributaria n. 58, de 17 de dezembro de 2003, que o qualifica precisamente com esta função: “La aplicación del *sistema tributario* se basará en los principios de *proporcionalidad*, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.”<sup>42</sup>

direitos fundamentais. A saber: “Hoje a proporcionalidade é doutrinariamente havida como um postulado, e, no tratado da União Europeia, como um *princípio*, perdidas as suas íntimas implicações com a justiça. Se a justiça proporcional é o fim do direito, somente é possível negar à proporcionalidade o caráter de princípio, recusando igualmente esse atributo à isonomia (justiça jurídico-positiva), o protoprincípio nas relações intraestatais e interestatais. Insistir-se-á neste livro em manter a vinculação da proporcionalidade com a sua significação original e persistir-se-á na sua utilização como princípio de justiça ou quando menos um subprincípio, contido, em sua implicitude, na isonomia expressa, ao estilo de pensar da doutrina moderna. Não há proporcionalidade sem justiça no direito” (BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359).

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional... cit., p. 424-425.

<sup>41</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*. Stato di diritto in trasformazione. Milano: Giuffrè, 1973, p. 44. Cumpre esclarecer que admitir a proporcionalidade como um princípio-garantia não equivale a aceitá-lo na forma de *princípio geral do direito*, a incorrer-se no vício jusnaturalista do ontologismo.

<sup>42</sup> Além deste artigo, o *princípio de proporcionalidade* aparece ainda, na Ley General Tributaria 58, de 17.12.2003, na penhora de bens e na aplicação de sanções tributárias, a saber: “Artículo 169. *Práctica del embargo de bienes y derechos*. 1. Con respeto siempre al principio de *proporcionalidad*, se procederá al embargo de los bienes y derechos del obligado tributario en cuantía suficiente para cubrir: a) El importe de la deuda no ingresada. b) Los intereses que se hayan devengado o se devenguen hasta la fecha del ingreso en el Tesoro. c) Los recargos del período ejecutivo. d) Las costas del procedimiento de apremio.” E no seguinte: “Artículo 178. *Principios de la potestad sancionadora*. La potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades

Em que pese outras legislações contemplarem esse princípio de forma expressa, essa é a única que se reporta ao “sistema tributário” na sua totalidade. Por outro lado, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê, no art. 52, o *princípio de proporcionalidade* como medida de aplicação e proteção dos direitos fundamentais, quando da criação ou aplicação de qualquer medida restritiva de direitos e liberdades; a saber: “1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só poderão ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.”<sup>43</sup> Como se pode ver, todos os critérios típicos da aplicação do princípio de proporcionalidade encontram-se expressos, inclusive o *conteúdo essencial dos direitos e liberdades*. No Brasil, porém, na Constituição, na Jurisprudência do STF ou na legislação nacional, em matéria tributária, o princípio de proporcionalidade ainda não recebeu um emprego coerente com suas elevadas dimensões.<sup>44</sup> É bem verdade que o reconhe-

establecidas en esta ley. En particular serán aplicables los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. El principio de irretroactividad se aplicará con carácter general, teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley.”

Em Portugal o *princípio da proporcionalidade* encontra-se previsto no art 55º do Dec.-lei 398/1998, de 17.12.1998, com alterações da Lei 67-A, de 31.12.2007, com a seguinte redação: “Princípios do procedimento tributário. A administração tributária exerce as suas atribuições na prossecução do interesse público, de acordo com os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da celeridade, no respeito pelas garantias dos contribuintes e demais obrigados tributários.”

<sup>43</sup> Traduções oficiais para comparação, em inglês e espanhol: “1. Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.” “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.” Para um exame abrangente: BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 638 p. Sobre a aplicação da proporcionalidade no Direito Europeu, com enfoque dedicado à tributação, veja-se o estudo: NOGUEIRA, João Felix Pinto. *Direito fiscal europeu – o paradigma da proporcionalidade. A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

<sup>44</sup> Na nossa doutrina, destaque para a primeira obra mais completa sobre o princípio de proporcionalidade: PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2. p. 223-232. Cf.: CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 407-430; MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. Multas tributárias – efeito confiscatório e desproporcionalidade – tratamento jusfundamental. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 241-259; CAVALCANTE, Denise Lucena. A razoabilidade e a proporcionalidade na interpretação

cegos integrado à nossa ordem constitucional, por força do § 2º do art. 5º da CF. Em nossa legislação, o art. 2º da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o *processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, prescreve que “a Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, *proporcionalidade*, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

No direito administrativo e, por conseguinte, na esfera de aplicação das normas tributárias, o *princípio da moralidade*, no seu aspecto subjetivo, impede o *desvio de finalidade*, enquanto controle do objeto e dos motivos do ato administrativo, como lembra José Guilherme Giacomuzzi,<sup>45</sup> o que não deixa de ser uma garantia contra o arbítrio e a desproporcionalidade. A aplicação do princípio de proporcionalidade, portanto, torna-se vinculante para todas as autoridades administrativas, nos processos e procedimentos administrativos, inclusive os de natureza tributária. É certo que o princípio do *não confisco*, em alguma medida, pode ser admitido como correlato do princípio de proporcionalidade, mas afigura-se mais como *proibição de excesso*, pelas notas relativas à arbitrariedade na tributação.

Em si mesma, a *proporcionalidade* não é um “limite” aos direitos fundamentais. Antes, visa a conferir efetividade a estes, mediante controle das suas restrições infraconstitucionais. Como observa Carlos Bernal Pulido: “No es un límite del límite, sino un instrumento metodológico mediante el cual se hace explícito hasta dónde el derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se le imponen.”<sup>46</sup> De fato, restrições a direitos fundamentais somente serão admitidas como válidas se, e enquanto, mostrem-se *adequadas* na relação *meio-fim*, e, ademais, avaliadas sobre se não se poderia adotar medida menos restritiva, logo, concebidas como *necessárias*, para então concluir sobre se estas situações afetam de algum modo a efetividade do direito ou da liberdade fundamental, *i. e.*, o seu *conteúdo essencial*.

Por tudo isso, a proporcionalidade, funcionalmente, consiste em típica *garantia constitucional*, a qual não prescreve qualquer conteúdo de direito fundamental, não se confunde com os direitos que garante, tampouco pode prestar-se como “critério estrutural para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais”;<sup>47</sup> porém, como garantia, preserva a segurança jurídica no ordenamento quanto à efetividade de direitos fundamentais. Conferida essa precisão ao regime jurídico da garantia constitucional de proporcionalidade, passemos a examinar o conteúdo das “restrições” às quais seja possível aplicar o controle em apreço.

judicial das normas tributárias. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 33-56.

<sup>45</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 308.

<sup>46</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 532.

<sup>47</sup> Idem, p. 507.

### 3.1 As restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais como pressupostos de aplicação do princípio de proporcionalidade

A partir de meados do século passado, o recurso ao princípio de proporcionalidade obteve notável expansão, e seu aprofundamento doutrinário e jurisprudencial não tardou a merecer acolhida nas diversas legislações. É bem verdade que suas bases são antigas e não foram “inventadas” pelo Tribunal Constitucional alemão, como se usa dizer com frequência.<sup>48</sup> Desde sua origem, a proporcionalidade fora técnica empregada ao controle dos atos administrativos, como noticia Otto Mayer; por isso, a novidade fica por conta da sua “elevação” para emprego em matérias constitucionais. Os méritos daquele Tribunal certamente são inegáveis, com essa aplicação ao controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, o que tem início com o chamado “caso das farmácias”,<sup>49</sup> ao entendimento de que toda restrição estatal a direitos fundamentais que não atenda aos requisitos da proporcionalidade deve ser afirmada como inconstitucional. Na atualidade, graças aos avanços jurisprudenciais do referido Tribunal, o princípio de proporcionalidade estendeu-se ao controle de constitucionalidade de leis ou de atos de qualquer poder, bastando que se configure em uma modalidade de “restrição a direito ou liberdade fundamental”. E o mesmo passou-se na Corte Europeia, quanto aos direitos fundamentais no direito comunitário.

É bem verdade que esta formulação a respeito do princípio de proporcionalidade como critério do controle de inconstitucionalidade nunca foi aceita pacificamente e tem sofrido, desde a década de 70, duras críticas. Para alguns, como preconizado por Forsthoff, não se poderia aplicar em matéria constitucional algo que só teria cabimento para atos administrativos; para outros, por configurar algo equivalente ao método de interpretação da lei conforme a Constituição. Nega-se o primeiro pelo simples fato de que os direitos e liberdades não são limitados ou restringidos apenas por atos administrativos, cabível, portanto, um regime geral de proteção contra toda e qualquer forma de “restrição” indevida ou “excessiva”;<sup>50</sup> e nega-se o segundo porque o princípio de proporcionalidade tem conteúdo e funcionalidades próprios e não se aplica em todo e qualquer caso, mas apenas no que diz respeito ao controle de restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Para um exame das suas origens, que remonta ao contratualismo jusnaturalista, além do estudo de Paulo Bonavides antes referido, veja-se: PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 44-57.

<sup>49</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 54, com referência à decisão BVerfGE 7, 377.

<sup>50</sup> Como observa Pierre de Montalivet: “Le législateur doit prendre les mesures adéquates et nécessaires à la réalisation de l’objectif” (MONTALIVET, Pierre de. *Les objectifs de valeur constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2006. p. 366).

<sup>51</sup> No Brasil, o STF de há muito admite a proporcionalidade como medida para compor a norma de decisão do controle de inconstitucionalidade, como exemplo: “Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é

Por algum tempo, e ainda hoje vezes há que o defendem nessa feição, o princípio de proporcionalidade foi considerado como *limite dos limites de direitos fundamentais* (tese suscitada em 1964 por Bettermann), cuja exata compreensão exige uma análise dos critérios que orientam o tratamento das restrições ou liberdades.

A doutrina do “*limite dos limites*”, basicamente, adota o direito ou a liberdade (a) como dados apartados das limitações ou restrições legislativas (b), dentro de um quadro de condições formais e materiais entabuladas pela Constituição, para que sejam admitidas como válidas e legítimas. Essas restrições seriam, pois, “limites” aos direitos. A proporcionalidade, ao dirigir-se sobre estas, seria considerada como “limite dos limites” (c). Haveria, assim, uma ordem: a Constituição estabeleceria os direitos fundamentais, supostamente “ilimitados”; em seguida, sobreviria a legislação com seus “limites”, ou melhor, as “restrições” sobre o referido direito; e, como meio de controle de inconstitucionalidades por afetação a alguns de seus critérios, o emprego da proporcionalidade, como “*limite dos limites*” (restrições). Essa concepção da proporcionalidade logrou muitas críticas, e todas procedentes. Que a proporcionalidade seja, em si mesma, um “limite” a direitos fundamentais, isso não acresce muito. Seria o mesmo que dizer que o próprio “controle de inconstitucionalidade” seria um “limite” de todas as regras constitucionais.

Nesse particular, cabe-nos conferir precisão ao discurso e esclarecimento de nossa posição. A concepção que considera a proporcionalidade como “*limite dos limites*” revela-se partidária da chamada “teoria externa” das restrições (limites) a direitos fundamentais. Parte de uma separação entre “direito” e “restrição”, na medida em que o direito ou a liberdade “preexiste” e vê-se, sucessivamente, restringido por um ou mais “limites”, de tal forma que, como observa Robert Alexy, haveria o direito em si ilimitado (ou não restringido) e, na sequência, uma restrição aplicável. Dessa operação, direito ou liberdade fundamental reduzir-se-ia ao quanto remanesce após a “restrição”.<sup>52</sup>

---

institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. – A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, b). – O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘*substantive due process of law*’ (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes” (STF, AgRg no RE 200.844/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.6.2002, Segunda Turma).

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* cit., p. 277. Sobre as limitações internas e externas aplicadas ao direito brasileiro, ver: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional...* cit., v. 2, p. 223-232; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176 e ss.

Essa abrangência pretendida da *teoria externa* tem sentido na doutrina de Robert Alexy, ao adotar a aplicação do *sopesamento* como medida para determinação do *conteúdo essencial* de todo e qualquer direito ou liberdade fundamental, de tal modo que o *conteúdo essencial* restaria determinável sempre mediante o recurso ao princípio de *proporcionalidade*, a cada situação concreta de aplicação de princípios.

Por outro lado, os defensores da chamada *teoria interna* das limitações ou restrições a direitos fundamentais não admitem essa separação entre “direito” e “limites”, já que todo o conteúdo do direito fundamental só o é, como tal, enquanto previamente delimitado, em uma certa unidade, a partir de “limitações imanentes”. Temos, porém, que separar essas noções dos tipos de limitações ou restrições.

Definitivamente, não há qualquer impossibilidade técnico-jurídica para que se possa adotar a *teoria interna* para os princípios constitucionais e suas “limitações” de natureza constitucional (expressa ou implicitamente autorizadas), porquanto todo direito ou liberdade constitucional já nascem previamente delimitados; mantendo-se a *teoria externa* para as *restrições infraconstitucionais*, nos limites do quanto possa ser autorizado pelas competências constitucionais para esse propósito. Tem-se, com isso, importante avanço em relação ao debate instalado entre os defensores de ambas as correntes. Esse modelo aqui apresentado denomina-se *teoria externa moderada*.

A eleição do modelo teórico adequado para explicar a relação entre *direitos fundamentais* como posições *prima facie* (i), passíveis de restrições, ou *definitivas* (ii), insuscetíveis de restrições, varia segundo as concepções de princípios e de limites que se adote. Nas palavras de Alexy: “Se se parte de um modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma.”<sup>53</sup> Por conseguinte, a *teoria interna* pode vir adotada para aquelas normas postas no patamar constitucional, com seus limites imanentes, ficando a *teoria externa* para as chamadas *restrições indiretamente constitucionais*, ou seja, instituídas por atos infraconstitucionais, a partir das competências constitucionais. Não se nega que sobre o direito ou liberdade advenham restrições infraconstitucionais. Entretanto, o direito ou liberdade restringível será sempre aquilo que se mostre autorizado pela Constituição para tanto, deduzido das suas limitações constitucionais.

Vale recordar aqui que a diferenciação entre *teoria absoluta* e *relativa* das situações subjetivas do *conteúdo essencial* de direitos fundamentais baseia-se na possibilidade (da *teoria relativa*) de determinação do conteúdo essencial unicamente após o “sopesamento”. Ou, como nos diz Alexy: “A garantia do *conteúdo essencial* é reduzida à máxima da proporcionalidade.”<sup>54</sup> Para melhor esclarecimento do pensamento desse autor, importa lembrar que, para ele, só seria cabível falar em restrições de direitos fundamentais se estas *forem compatíveis com a Constituição*. Casos de inconstitucionalidades estariam fora dessa caracterização. E como esses direitos são veiculados por disposições constitucionais, eles somente podem ser *restringidos por normas de hierar-*

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* cit., p. 280.

<sup>54</sup> Idem, p. 297-298.

*quia constitucional* ou em virtude delas. Essas restrições dizem-se *diretamente constitucionais*, quando previstas na Constituição, geralmente na forma de “cláusula restritiva” (parte de uma norma de direito fundamental completa que determina como ou em que condições o direito pode suportar restrições), ou *indiretamente constitucionais*, que são aquelas veiculadas por regras infraconstitucionais, mas nos termos e limites autorizados pela Constituição, de natureza formal (limites de espécies normativas, procedimentos e outros) e material.

As *restrições indiretamente constitucionais*, por sua vez, são introduzidas em conformidade com *regras de competência material* expressas na Constituição, como normas específicas, e que, no seu conteúdo, comportam autorização para estabelecer restrições a direitos fundamentais, como de resto são as competências.<sup>55</sup> As restrições podem incidir tanto sobre direitos fundamentais (liberdades, situações, posições de direito) quanto sobre “posições *prima facie*” garantidas por direitos fundamentais, o que pode ser reduzido à afirmação de que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”.<sup>56</sup> No caso das *restrições indiretamente constitucionais*, portanto, coloca-se o problema da aplicação do princípio de proporcionalidade e, com ele, o “dever de sopesamento”, segundo Alexy.<sup>57</sup> O que faz, portanto, o Professor de Kiel é associar, de modo objetivo, a “competência constitucional” ao “sopesamento”, *a priori* de qualquer restrição, para a identificação do *conteúdo essencial* do princípio.

Esta teoria coloca um desafio. Não é dado supor que o *sopesamento* possa arvorar-se como técnica de interpretação<sup>58</sup> de todo o direito, em qualquer circunstância. É legítimo o entusiasmo de Alexy com sua teoria e, em vista disso, natural que queira ele expandi-la ao máximo de suas possibilidades. Estamos de acordo que o *sopesamento* seja uma técnica excepcional para solução de *colisões de princípios*, mas no limite que sirva a tanto. A *proporcionalidade*, diversamente, deve ser empregada quando evidenciada, ainda que potencialmente, qualquer afetação ao *conteúdo essencial* do direito ou da liberdade fundamental. Tudo aquilo que, ainda que (aparentemente) constitucional, afete o conteúdo essencial do direito ou liberdade, atendido o controle por meio do princípio de proporcionalidade, deverá ser considerado *inconstitucional* por desproporcionalida-

<sup>55</sup> “A essa competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direitos fundamentais.” E continua: “Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* cit., p. 282-283).

<sup>56</sup> Idem, p. 281.

<sup>57</sup> Idem, p. 292.

<sup>58</sup> Como acentua Virgílio Afonso da Silva, ao examinar o sopesamento como modelo de redução da insegurança: “O que se pode exigir, portanto, de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é a *fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo*, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 148).

de. De se ver, preferível falar em *proporcionalidade* como garantia constitucional que estabelece critérios de controle sobre as restrições a direitos e liberdades fundamentais, a simples instrumento de sopesamento.

Quanto ao seu *âmbito material*, a proporcionalidade aplica-se a todo e qualquer ato estatal, sobre a efetividade de direitos fundamentais e que possa gerar efeitos na esfera jurídica dos particulares, na forma de restrição a direitos e liberdades fundamentais, enquanto expressão do princípio de segurança jurídica, na função de estabilidade do sistema constitucional.

O princípio de proporcionalidade possui, assim, uma *eficácia* bidimensional. De um lado, confere à atuação dos poderes públicos um importante instrumento de controle das escolhas e do modo de aplicação das regras jurídicas, para preservar direitos fundamentais e evitar restrições desnecessárias às liberdades individuais, mediante testes prévios que permitam verificar, com segurança jurídica, a acomodação entre as medidas a serem adotadas e as finalidades constitucionais. De outro lado, deve ser sempre alegado por quem sofra restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais sobre direitos ou liberdades. À evidência, sua aplicação em matéria tributária é múltipla. Basta pensar na criação e controle dos incentivos fiscais, das sanções administrativas, das garantias, das exigências de obrigações acessórias, dos meios de fiscalização e tantos outros, os quais comportam sempre “restrições” ou potencialidade de afetações a direitos fundamentais. Tanto por quem cria a *restrição* quanto por quem sofre seus efeitos (*direito subjetivo fundamental*), a garantia de proporcionalidade pode ser alegada e, se bem manuseada, pode servir de legítimo instrumento de justiça, isonomia e de equilíbrio na ação estatal. Por isso mesmo, a *proporcionalidade*, na atualidade, converteu-se em mandamento de expressiva força cogente no trato da atividade pública e alcançou conteúdo normativo bem definido, como garantia de *segurança jurídica* na preservação do sistema de direitos e liberdades fundamentais.<sup>59</sup> E, assim, juntamente com a proibição de excesso *stricto sensu* e a razoabilidade, ainda que sejam estes princípios implícitos, agem sobre todos os atos do Estado, legislativos, judiciais ou executivos,<sup>60</sup> enquanto espécie de *garantia constitucional implícita*,<sup>61</sup> mediante limita-

<sup>59</sup> A proporcionalidade envolve a composição axiológica de diversos princípios entre si, sem limitação ao direito afetado: “El principio de proporcionalidad representa una aplicación de las exigencias del método sistemático en la concreción y fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental. En virtud de dicho principio, en la fundamentación de estas normas se debe tener en cuenta todos los principios constitucionales relevantes que jueguen a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley objeto de control y no sólo el derecho fundamental objeto de la intervención legislativa” (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 612).

<sup>60</sup> Klaus Tipke faz coincidir na proporcionalidade a proibição de excesso, com aplicação nas três esferas de poder. “Esta *racionalidade da relação meio-fim* é concretizada pelos critérios de *idoneidade, necessidade e exigibilidade* (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit)” (TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário...* cit., p. 270).

<sup>61</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit.; Ramírez-Escudero, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 35; MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1999.

ções finalísticas à atuação dos poderes, com vistas a reduzir a insegurança na aplicação de normas de direitos fundamentais.

### 3.2 A metódica constitucional da garantia de proporcionalidade

A proporcionalidade impõe uma conduta da Administração coerente e ajustada às situações concretas, de modo que qualquer *restrição infraconstitucional* sobre direitos, como o de propriedade, ou às liberdades, ao exercício de profissão ou de atividades econômicas do particular, deve vir seguida de uma apuração coerente entre *fins e meios*,<sup>62</sup> com vistas a atender ao valor constitucional, e sem prejudicar o *conteúdo essencial do direito ou da liberdade protegidos*.<sup>63</sup>

Todo o conteúdo da proporcionalidade encontra-se voltado para a testabilidade das *restrições* a direitos e liberdades fundamentais segundo uma avaliação de meio e de imprescindibilidade em relação a certo “fim” ou “objetivo” constitucional a ser perseguido. Esse teste deve envolver os fins da “competência” que confere poderes para instituir e cumprir a “restrição” (i) e os fins ou objetivos inerentes aos direitos e liberdades fundamentais (ii), ou seja, os *objetivos de valor constitucional* em relação aos quais os meios deverão ser examinados.<sup>64</sup>

A depender da situação e dos valores envolvidos, não é fácil determinar o conteúdo dos chamados *objetivos de valor constitucional*, especialmente pela ambiguidade e pela incerteza decorrentes da sua própria formulação. A *proporcionalidade*, como *método* ou *procedimento*, tem como propósito eliminar essas dificuldades, a partir de uma comparabilidade racionalmente conduzida, segundo os *meios restritivos* examinados. Com isso, obtém-se um efetivo aumento de segurança jurídica na concretização dos direitos fundamentais, e, em especial, em matéria tributária, em virtude das elevadas finalidades do sistema tributário, na sua totalidade.

p. 72; RIGHI, Eduardo. A colisão de direitos fundamentais na antecipação de tutela de efeitos faticamente irreversíveis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 103, n. 391, p. 45-74. 2007.

<sup>62</sup> Como observa José Roberto Pimenta Oliveira: “A proporcionalidade implica, afirma a doutrina mais abalizada e atual, o dever de adequação, necessidade e equilíbrio da ação administrativa. Impõe que a limitação de bens ou interesses privados por ato do Poder Público seja adequada e necessária aos fins concretos colimados, bem como seja tolerável quando verificadas as implicações jurídicas da medida” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 271).

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional...* cit., p. 401. Cf. PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio...* cit., p. 129-151.

<sup>64</sup> “En définitive, les objectifs de valeur constitutionnelle constituent des démembrements de l’intérêt général. Celui-ci se manifestant également dans d’autres normes constitutionnelles ou dans des objectifs de valeur législative, l’intérêt général ne se réduit pas aux objectifs de valeur constitutionnelle mais tous les objectifs de valeur constitutionnelle se rattachent à l’intérêt général” (MONTALIVET, Pierre de. *Les objectifs...* cit., p. 184).

Esse controle racional do poder de criar restrição infraconstitucional, nos limites autorizados pela Constituição, realiza-se inteiramente conforme critérios jurídicos, como expressão de garantia constitucional de preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Estes objetivos, por vezes, são expressos, como os que constam dos arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 145, § 1º, 170, 174, 196, 203, 205, 215, 217, 218, 225, 226, 227 da CF, nas chamadas “políticas públicas” ou no próprio “preâmbulo”;<sup>65</sup> mas geralmente encontram-se nas dobras do contexto constitucional e necessitam ser “criados” por meio de uma bem-elaborada e refinada interpretação constitucional, e preservada a forma de efetividade de todos os direitos e liberdades fundamentais.

Não se pode deixar de examinar a finalidade das normas jurídicas, especialmente aquelas de cunho constitucional. A *finalidade* é ínsita ao direito e à realização da justiça.<sup>66</sup> Os *objetivos de valor constitucional* são espécies de obrigações de meio, limitadas pelos direitos fundamentais. O procedimento da proporcionalidade deverá identificar a coincidência entre os meios restritivos e fins de valor constitucional, como garantia de *segurança jurídica* na efetividade daqueles fins, bem como na proteção do conteúdo essencial dos direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, a proporcionalidade assume a expressão de controle da justiça, da igualdade e da preservação dos direitos e liberdades, na aferição da certeza jurídica das restrições geradas pelo sistema, as quais serão sempre válidas e legítimas na medida em que atendam aos seus requisitos.

As *finalidades de valor constitucional* vinculam a todos os poderes e, em particular, o Legislativo e o Executivo, com vistas à execução concreta da Constituição. Estes fins constitucionais assumem a natureza de fundamento de controle para qualquer medida ou limite de restrição, como verdadeiras normas jurídicas de conduta sobre o legislador, nas funções deonticas de interdição ou proibição, obrigação ou permissão, como acentua Pierre de Montalivet, por se tratar de mecanismos típicos de efetividade de direitos e liberdades fundamentais.<sup>67</sup> Portanto, o meio de restrição pode encontrar-se vedado, a depender do tipo de finalidade, no que será defeso ao legislador ou à administração inovar na criação de algum regime jurídico na espécie. E qualquer tentativa será considerada uma violação ao conteúdo essencial do direito ou liberdade afetados, passível de ser declarada a inconstitucionalidade da restrição. As regras de “obrigação”, tal como as normas-objetivos, têm um mínimo de eficácia: servem como “orientação” da ação do Estado e asseguram sua permanência; e, como função de blo-

<sup>65</sup> Esclarece Paulo de Barros Carvalho: “O preâmbulo é formado por ‘normas jurídicas’ carregadas de conotação axiológica, influenciando vigorosamente sobre a orientação de todos os segmentos da ordem positiva” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74).

<sup>66</sup> Cf. JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho (Zweck im Recht)*. Madrid: Rodriguez Serra, [s.d.]. p. 271 e ss.

<sup>67</sup> Nas suas palavras: “En réalité, les objectifs exercent des fonctions normatives d’interdiction, d’obligation et de permission. En conséquence, ils déterminent la ‘conduite’ du législateur et constituent de véritables normes. Cette normativité est liée au fait que les objectifs constituent des conditions d’effectivité des droits et libertés constitutionnels, puisque c’est pour assurer l’effectivité de ces droits et libertés que le Conseil constitutionnel reconnaît aux objectifs une telle normativité” (MONTALIVET, Pierre de. *Les objectifs...* cit., p. 327).

queio, vedam a prática de qualquer restrição ou conduta contrárias às suas finalidades. Neste aspecto, os *objetivos de valor constitucional* determinam negativamente a conduta do legislador em tudo o que contrarie o que lhe foi imposto como dever ou obrigação.

Os objetivos de valor constitucional podem autorizar a criação de restrições infraconstitucionais, mas no limite do “necessário”, em respeito ao conteúdo essencial dos direitos e liberdades envolvidos e ao “interesse geral”. Admite-se, nesse passo, que nenhum direito pode ter caráter absoluto, mas isso não autoriza, à evidência, restrições que inibam ou reduzam o seu âmbito normativo, desproporcionalmente.

Vê-se, pois, o paradoxo da função dos *objetivos de valor constitucional*, pois estes, ao mesmo tempo em que se apresentam como uma autorização para criação de meios de restrição de direitos e liberdades, sob a égide do interesse geral, também devem preservar, ao máximo, o conteúdo essencial dos direitos e liberdades. Eis o espaço prioritário do procedimento de proporcionalidade, com vistas a tornar efetivos os direitos e liberdades, em face de restrições de direitos e liberdades, criadas ao amparo do interesse geral e dos próprios direitos fundamentais. Os *testes de conciliação* necessários, no plano da proporcionalidade *stricto sensu*, entre os objetivos de valor constitucional e a proteção do conteúdo essencial dos direitos e liberdades, de se ver, dependem do próprio modelo constitucional de conteúdo normativo, como permissão, proibição ou obrigação, para saber da amplitude de ação possível do legislador ou da Administração ao instituir tais restrições a direitos ou liberdades.

Imagine-se caso hipotético em que certo contribuinte, para adimplir condição para a obtenção do incentivo fiscal, faz relevante investimento em instalações e construção de parque industrial em região distante e pouco favorecida de infraestrutura ou fornecedores, estimulado por incentivo fiscal regional concedido pela União. Logicamente, para servir de compensação, o benefício ou incentivo deve implicar redução daquele sacrifício suportado pelo contribuinte, com desoneração *coerente* e *suficiente* para garantir equilíbrio pelo *impacto dos custos suportados* com a política pública que ampara a concessão do benefício. O incentivo fiscal, portanto, deve ser quantificado adequadamente de modo a não prejudicar a fonte produtiva, afetar a livre concorrência ou exigir sacrifícios desmedidos, mas também como meio que favoreça a região atendida. Este é o propósito constitucional. Nesse aspecto, a proporcionalidade, fundada na quantificação e aplicação do incentivo em conformidade com o impacto econômico dos custos dos empreendimentos, deve ser empregada para o cabal exame da idoneidade do meio e necessidade da medida restritiva. Imagine-se, agora, que a legislação concedente contemple o dever de devolução de todos os tributos não arrecadados caso o contribuinte descumpra alguns dos requisitos ou condições.<sup>68</sup> Ao longo da execução do projeto, após mais de 30 meses de cumprimento efetivo de todas as obrigações formais e condições, por equívoco, a empresa apresente a destempo, com atraso de cinco dias, declaração de interesse secundário, posto que todas as informações já se repetiam em outras que foram atendidas e, pelo atraso, pague a multa correspondente.

<sup>68</sup> Veja-se, por exemplo, o incentivo fiscal previsto nos arts. 1º a 4º da Lei 9.826/99 e o do regime especial do art. 56 da Med. Prov. 2.158/2001.

Passado mais de um ano, comparece nova autoridade administrativa que decide lavrar auto de infração e impõe-lhe a exclusão do benefício e a devolução de todo o valor não recolhido até então, que não fora pago em virtude da isenção que o amparava até o momento. Indaga-se se a relação entre meio e fim, ou mesmo a necessidade, como busca do critério menos gravoso, poderia atender aos anseios da proporcionalidade na espécie. De certo que não.

A *garantia de proporcionalidade* exige o recurso, em ordem sucessiva, aos critérios da idoneidade ou da adequação (a), da medida menos restritiva, logo, no limite da necessidade (b), e aquele da verificação da proporcionalidade *stricto sensu*, apurada entre esses meios e os fins constitucionalmente legítimos (c). Dito de outro modo, deve-se demonstrar a efetiva *idoneidade* do meio empregado para o alcance do resultado pretendido, de forma a garantir que qualquer restrição estatal a direitos fundamentais deva ser examinada quanto à adequação para obter o fim constitucionalmente desejado; em seguida, a partir do exame de adequação, o teste da *necessidade* do meio, ou do melhor “meio” para o atingimento desse *fim*, com preferência sobre aquele de menor restrição e coerente com os valores constitucionais, para atingir os objetivos propostos;<sup>69</sup> e, por fim, atendidos os testes anteriores, a verificação da proporcionalidade *stricto sensu*, para determinar se os sacrifícios decorrentes da restrição ou intervenção estatal sobre direitos ou liberdades são aceitáveis, em face das necessidades ou da justificação das referidas medidas restritivas. E, como defesa contra atos que não atendam aos requisitos assinalados, conjunta e sucessivamente, deve-se reconhecer sua inconstitucionalidade,<sup>70</sup> quando a relação entre meios escolhidos e a finalidade não atenda aos requisitos constitucionais legítimos, pela inadequação (i), a desnecessidade da medida restritiva (ii), ou mesmo pela desproporcionalidade, identificada na proporcionalidade *stricto sensu* (iii).

A *idoneidade* ou adequação da medida restritiva de direitos ou liberdades equivale ao teste de verificação sobre a efetiva capacidade (utilidade) da(s) medida(s) como *meio* (legislar sobre dada competência, aplicar uma sanção, extinguir um benefício, aumentar um tributo etc.), para atingir determinado propósito constitucionalmente legítimo, de sorte que as medidas restritivas possam concretizar o fim visado com a restrição ou contribuam para alcançar este êxito.<sup>71</sup> Adequadas serão as medidas res-

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, Porto Alegre: Ajuris, 2005, p. 144.

<sup>70</sup> Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 43.

<sup>71</sup> Ao entendimento de que seria inconstitucional lei paranaense que previa a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor (meio), o STF empregou esta técnica do princípio da proporcionalidade, posto que não teria qualquer finalidade prática, dado que a pretensão de proteger as relações de consumo (fim) poderia ser até mesmo agravada, em virtude dos custos adicionados com essa medida, além de se ter um tratamento diferenciado entre Estados da federação, haja vista tratar-se de matéria de interesse nacional. Cf. “Ementa: Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e pars., 25, par. 2º, 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da

tritivas da liberdade individual quando hábeis e coerentes com o fim perseguido. Esse teste de melhor escolha da adequação entre *meios* e *fins* é o primeiro passo para iniciar o exame de atendimento do princípio de proporcionalidade.<sup>72</sup>

O legislador deve lançar mão dos meios jurídicos disponíveis, necessários à restrição pretendida, no limite do que possa ser coincidente com os *objetivos de valor constitucional*.<sup>73</sup> Assim, o espaço de liberdade de escolhas será mais ou menos amplo segundo o tipo de direito envolvido e o quanto a Constituição autoriza, permite ou proíbe em relação aos objetivos de valor constitucional. O espaço de liberdade de qualquer aplicador de norma depende da competência que se lhe confere, *i. e.*, do âmbito normativo da norma a ser aplicada.

Em vista disso, estabelecer graus de utilidade dos meios, para que, ao final, mediante comparabilidade e valoração, seja possível eleger aquele de menor afetação ao direito envolvido, a depender da situação material ou subjetiva, à evidência, é algo arbitrário e completamente indesejável, ao que negamos qualquer proveito. Isso leva o intérprete à condição de substituir-se ao legislador na ordenação de políticas públicas, escolhas de meios restritivos e leva qualquer hermenêutica constitucional ao engessamento ou à condição de legislador “positivo”, o que seria inaceitável, posto conflitar com a própria atribuição de poderes da Constituição. Veja-se o caso do controle sobre a fraude ou a sonegação fiscal. Certamente, por serem essas condutas contrárias ao dever de pagamento de tributos segundo a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º, da CF), os meios são os mais amplos possíveis. Deve-se, portanto, verificar como certos fins podem ser atingidos, constitucionalmente, segundo opções de meios, em face dos fins legítimos. E, assim, quando a medida não se mostre adequada ao fim proposto, pela capacidade de gerar lesão a certo direito ou garantia constitucional, não se deve prosseguir com a pretensão de proporcionalidade ou cumprir buscar outros

---

arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (ADIn 855-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1.7.1993, Pleno).

<sup>72</sup> Conforme observa Calvo Ortega: “En el campo tributario, la proporcionalidad ha hecho referencia a la relación entre obligación tributaria y deberes y responsabilidades exigidos a los sujetos pasivos (emisión y conservación de documentos, registros fiscales, autoliquidaciones, responsabilidades tributarias, etc.). Los avances en este principio han ido en la línea de la estimación simplificada de bases y en la exigencia de medida y ajuste a las necesidades en determinadas actividades administrativas (p. ej., en la adopción de medidas cautelares para asegurar el cobro de la deuda tributaria y en la exigencia de garantías en determinados supuestos). No obstante, en la medida que las normas tributarias son necesariamente abstractas y con una acusada complejidad en determinados casos la falta de proporcionalidad debe ser una preocupación constante de los Poderes Públicos y de los Tribunales” (Calvo Ortega, Rafael. *Curso de derecho financiero*. v. 1, 5. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 83).

<sup>73</sup> Todos os meios legítimos podem ser empregados: “Le législateur doit utiliser les moyens juridiques à sa disposition afin de réaliser les objectifs de valeur constitutionnelle. Ces moyens sont des normes juridiques. Il ne doit pas cependant utiliser *tous* les moyens possibles, ne serait-ce que parce que certains d'entre eux seraient antinomiques. Il a donc un choix à opérer entre ces différents moyens. Pour ce faire” (MONTALIVET, Pierre de. *Les objectifs...* cit., p. 521).

meios que satisfaçam o requisito de adequação ou idoneidade, para daí retomar o exame de proporcionalidade.

Atendido o requisito de idoneidade, passa-se à averiguação da *necessidade* da medida.<sup>74</sup> Aqui não se trata de ser *necessário* o sacrifício ao direito. Quer-se dizer de uma análise em relação às opções do quanto possa ser menos gravoso ao direito e que possa atingir o mesmo fim sem causar maiores danos, de modo a se eleger o meio que produza os efeitos menos restritivos possíveis, no limite da necessidade. Para tanto, devem-se examinar as diversas alternativas disponíveis (adequadas ou idôneas) para definir qual a de menor prejuízo ou afetação a direitos ou deveres de aplicação de regras, segundo a efetiva *necessidade*.

E não basta que esses exames de adequação e necessidade sucessivos sejam simplesmente alegados. Em todos os países que praticam essa metodologia exige-se que venham demonstradas e provadas as hipóteses examinadas para o teste de idoneidade e, em seguida, no que tange à necessidade, para definir a legitimidade da opção. Pode-se, igualmente, operar os referidos testes por parte de quem se vê prejudicado, para demonstração de que a medida era inadequada ou desnecessária para atingir os *objetivos de valor constitucional*, mas sempre acompanhada de efetivas provas da inadequação ou do uso do meio mais gravoso, em detrimento de outros.

A título de controle, pode ser declarada a nulidade do meio eventualmente eleito, bem como a substituição do meio por outro que, igualmente idôneo, considere-se “necessário”, por causar menor dano aos direitos ou liberdades envolvidos.

A comparabilidade dos meios iniciada na etapa anterior (da idoneidade dos meios, para afastar os inidôneos) repete-se nessa segunda fase, como similar metodologia para aferir se, entre os meios idôneos ou adequados, existe algum que se possa revelar menos gravoso, no limite do *necessário*, para atingir o propósito constitucional, com a menor afetação a direitos e liberdades. O “desnecessário” será visto, aqui, a partir da insuficiência para atingimento dos fins, mas precipuamente pelos prejuízos que possam resultar do excesso dos meios ou do seu emprego sobre os direitos fundamentais, com o propósito de atingir os mesmos fins. A eleição do meio jurídico não poderá ir além do que seja efetivamente necessário. Por isso, pode-se falar de um *postulado da indispensabilidade ou do meio menos restritivo*,<sup>75</sup> em substituição ao chamado *teste da necessidade* (terminologia pouco esclarecedora), de modo que o meio qualificado como idôneo ao atingimento dos fins pretendidos, constitucionalmente legítimos, deva ser, ademais, o menos restritivo, no limite do necessário.

Observados os testes anteriores, passa-se ao exame do subprincípio de *proporcionalidade em sentido estrito*, para determinar a “*justa medida* ou relação de adequação entre

<sup>74</sup> “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad...* cit., p. 740).

<sup>75</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais...* cit., p. 171.

os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido”,<sup>76</sup> nas palavras de Jorge Reis Novais.

### 3.2.1 A proporcionalidade *stricto sensu* e o sopesamento: diferenciação funcional

Para a análise da proporcionalidade *stricto sensu*, devem-se tomar algumas precauções teóricas relevantes. De início, vale observar que o princípio de *proporcionalidade*, decomposto em seus subprincípios de *adequação* ou idoneidade (i), *necessidade* (ii) e de proporcionalidade *stricto sensu* (iii), tem franca autonomia em relação ao mecanismo de *ponderação*. Este, à luz dos critérios adotados neste estudo, somente compreende-se aplicável como medida para solução da *colisão de princípios*; diversamente, a *proporcionalidade* tem como finalidade servir à estabilidade do sistema jurídico e à realização do princípio de *segurança jurídica*, exclusivamente quando se esteja diante de restrição a direitos ou liberdades fundamentais, por leis ou atos de qualquer poder. A proporcionalidade, portanto, não se limita a servir como técnica de aplicação de princípios, mas pode ser empregada, seja qual for o meio de restrição, veiculada por regra ou por outros princípios infraconstitucionais, sem exceções. O *sopesamento*, por sua vez, restringe-se à *colisão de princípios*.

Indaga-se, porém, se seria possível falar de “ponderação” como conteúdo do princípio de proporcionalidade *stricto sensu*, no cotejo entre os meios examinados e os fins constitucionais. É indubitoso que sim, mas não com o mesmo sentido ou funcionalidade. Nesta, são examinados o grau de lesão potencial do direito e o equivalente prejuízo à satisfação do outro elemento em conflito, mediante comparação, para que se possa determinar a solução de menor afetação aos interesses envolvidos, única e exclusivamente, com vistas a permitir a continuidade ou não da medida restritiva de direitos. Neste passo, a preocupação com o sopesamento das dimensões de peso dos princípios, à luz de certo caso concreto, de modo completamente oposto, tem como propósito garantir a afirmação dos princípios envolvidos, sem derrotabilidade, por se tratar de mandamentos de otimização, a serem realizados nas máximas possibilidades, em coerência com os bens protegidos,<sup>77</sup> sem exclusões. Claramente, está-se a falar de

<sup>76</sup> Idem, p. 162.

<sup>77</sup> Nesse particular, vale reproduzir aqui a síntese mais objetiva do trabalho de Robert Alexy, no que concerne à relação entre a definição de princípios, sopesamento e a máxima de proporcionalidade, a nosso ver: “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico

coisas muito diferentes. Com isso, pode-se dizer de ponderação na aplicação do princípio de proporcionalidade, mas não se mostra coextensiva do *sopesamento*, como observado.

Em nossa proposta teórica, o princípio de proporcionalidade tem autonomia em relação ao *sopesamento*. Este tem por escopo evitar o sacrifício desnecessário de direitos, com vistas a garantir uma aplicação dos valores por eles veiculados com o máximo de eficácia de realização de cada um. Por isso, o erro metodológico e técnico-jurídico dos que afirmam a possibilidade de “ponderação” entre “regras” ou entre “regras” e “princípios” encontra-se na confusão entre os limites e cabimento do “sopesamento” (colisão de princípios) e aquele da “proporcionalidade *stricto sensu*” (controle das restrições a direitos fundamentais).

A proporcionalidade *stricto sensu* não se pode converter em mecanismo de arbítrio. Ao contrário, o que se espera não é a criação de regra *ad hoc* (*universalismo*) para a solução de todos os casos; tampouco apenas para determinada situação (*particularismo*), em detrimento das demais. Ao mesmo tempo, não é algo que se possa resolver por simples *intuicionismo* ou com recurso à *discricionariedade*. Aplica-se a proporcionalidade entre o regime constitucional que protege o direito ou liberdade e a medida de restrição, para examinar se os meios adotados não foram desproporcionais, não razoáveis ou excessivos. A *ponderação de bens*, como se usa dizer, que se deve empreender nessa etapa, por valoração ou comparação dos sacrifícios aos direitos ou liberdades entre os meios idôneos e necessários, servirá para atingir a *justiça sistêmica*<sup>78</sup> inerente a esta formulação, pelo meio ou medida de menor afetação possível aos direitos e liberdades envolvidos. Insista-se, esta ponderação aqui praticada não se confunde com a *ponderação* que se realiza no *sopesamento* de princípios.<sup>79</sup> Enquanto, entre princípios convergentes, estima-se pela máxima realização ou otimização de cada um dos envolvidos, a proporcionalidade examina a preferência entre meios para atingir *objetivos de valor constitucional*, em que “valor” é aquilo que com esses mantenha coerência e “desvalor” o que gera uma afetação imoderada e excessiva ao conteúdo essencial do direito ou liberdade. Esse é o nosso posicionamento.

Logicamente que, em alguns modelos teóricos, elaborados em conformidade com o “sistema interno” (direito positivo) dos países de origem desses estudos, como

---

das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* cit., p. 117-118).

<sup>78</sup> Como observa Canotilho: “O apelo à ideia de ‘justiça do sistema’ não significa qualquer sugestão no sentido de se considerar, como critério material de diferenciação, a ‘vontade’ ou ‘motivos’ do legislador (ou dos restantes órgãos políticos ou administrativos). Os critérios devem ser *objectivos* (segurança jurídica, praticabilidade, razões financeiras), e *compatíveis* com as próprias normas e princípios da constituição (assim, por exemplo, as normas estabelecedoras de taxas liberatórias, fixadas no art. 74.0 do Código do Imposto sobre o Rendimento – IRS –, são inconstitucionais, desde logo porque violam os arts. 103.0 e 104.0 da CRP, além de serem ‘injustas’ sob o ponto de vista da igualdade)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional...* cit., p. 1.187).

<sup>79</sup> Nesse mesmo sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais...* cit., p. 182 e ss.

é o caso do alemão, ou da própria legislação comunitária europeia, o princípio de proporcionalidade pode adotar a “ponderação” da colisão de princípios, mas isso não se afirma válido para o mundo inteiro e para todas as construções heurísticas. Cite-se, apenas como exemplo, na forma como se encontra lançado, o princípio de proporcionalidade no art. 2º da Lei 9.784, de 1999, este decerto não tem o mesmo sentido de vinculação do que se aplica em outras jurisdições.

Por fim, importante observar que do subjetivismo nenhuma ponderação escapa. Por mais que se queira impor uma racionalização aos testes de proporcionalidade, a avaliação dos parâmetros comparativos finda por incorrer em alguma variabilidade e instabilidade sistêmicas. A vantagem aparece quando se compara um sistema com essa metodologia e outro desprovido desse tipo de controle ou de correção. Certamente que a insegurança queda-se reduzida no primeiro, ainda que se mantenha algum grau latente de injustiça. No âmbito da proporcionalidade *stricto sensu*, todas as tentativas de controle afluem para a preferenciabilidade dos valores e, conseqüentemente, para escolhas orientadas a valores, ao que a subjetividade é inerente. De qualquer modo, na maioria dos casos, especialmente aqueles dominados pela vinculação administrativa ou constitucional, como ocorre com o direito tributário, o controle tende a ser objetivo e, por isso mesmo, mais eficaz.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos, Estado e contribuintes, são responsáveis pelos destinos do Sistema Constitucional Tributário. De fato, a perfeição de um sistema tributário é impossível de atingir, mas este deve ser capaz de atender à sua finalidade constitucional de financiamento das atividades do Estado, com o compromisso de concretizar direitos fundamentais e sem interferências gravosas sobre a atividade econômica ou sobre o nível de vida dos contribuintes. A segurança jurídica gera expectativas de confiança legítima sobre a proporcionalidade, comodidade e aceitabilidade das exações tributárias, em coerência com os direitos protegidos pela Constituição.

A gravidade do sacrifício imposto por uma restrição da liberdade ou direito pode assumir proporções gravosas ou intoleráveis por aquele que suporta o ônus, o que a faz também prejudicial ao princípio da razoabilidade,<sup>80</sup> quanto à relação entre o sacrifício suportado e a atividade do órgão ou autoridade. Contudo, diante de eventual “concurso” de aplicação dos métodos, deve-se preferir sempre a proporcionalidade para sanar a afetação ao conteúdo essencial de direito ou liberdade, pela maior controlabi-

<sup>80</sup> Para um exame da razoabilidade como capítulo de interpretação constitucional: ALEXY, Robert. *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*. In: LA TORRE, Massimo; SPADARO, Antonino. *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli, 2002. p. 27-44; DIURNI, Giovanni. *Il ragionevole giuridico nella storia*. Torino: Giappichelli, 2008; MODUGNO, Franco. *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit.; TÁCITO, Caio. *O princípio da razoabilidade das leis*. (Temas de direito público). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 487-495; OLIVEIRA, Fabio. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

lidade racional entre fins e meios envolvidos. Dizer que a relação meio-fim possa ser admitida para a caracterização da razoabilidade não a faz subsidiária à proporcionalidade. Sustenta-se tão somente que não há uma fixidez de “teste” necessário sobre essa correlação como o que se opera no campo no princípio da proporcionalidade.

A segurança jurídica tem ainda no *princípio da proibição do excesso*<sup>81</sup> o objetivo de balanceamento sistêmico, com vistas a garantir estabilidade dos direitos assegurados pela Constituição, segundo a necessidade e determinabilidade das restrições. A deficiência de segurança jurídica e a instabilidade do ordenamento, com sucessivas modificações e carência de sistematicidade, podem desencadear tantos efeitos jurídicos. Por isso, à *proibição de excesso* cabe a função de servir como bloqueio axiológico aos excessos oriundos do arbítrio, da discricionariedade, da escolha do meio mais gravoso ou de qualquer lei ou ato administrativo ou judicial que supere os limites do suportável,<sup>82</sup> o que tem aplicação preeminente às repercussões em matéria tributária, as quais podem tanto decorrer de normas gerais e abstratas quanto de normas individuais e concretas, nos múltiplos atos de aplicação dos tributos pela Administração.

A proibição de excesso tem aplicabilidade nos mais variados subdomínios da legalidade e dos atos administrativos, cuja arguição deve ocorrer mais como mecanismo de estabilidade funcional do ordenamento do que propriamente como um típico princípio constitucional. É imperioso estabelecer, portanto, até onde o legislador poderá ir sem que, com seu agir material ou normativo, possa incorrer na constrição da esfera privada, ao ultrapassar a linha do *sacrifício do direito* que lhe é interdita, mediante aplicação de restrição ou extinção de direito.

<sup>81</sup> Bem o viu Canotilho: “Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de ‘justa medida’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional...* cit., p. 1.165).

<sup>82</sup> “A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Ubermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Ubermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito” (MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência...* cit., p. 72).