

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

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

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

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

específicas.<sup>480</sup> Proporcionalidade será, assim, uma prova com características, sentidos e efeitos diferentes quando aplicada em ações de controle principal ou incidental, quando a norma controlada for um ato administrativo com efeitos específicos ou uma lei com efeitos e finalidades gerais, enfim, quando o parâmetro de controle e sua reserva de restrição forem gerais ou específicos. A construção e análise de todas essas possibilidades é uma tarefa árdua da dogmática constitucional. Sem poder recorrer a generalizações e abstrações, como a otimização ou a ponderação, esse trabalho tem de se voltar para a interpretação do conteúdo normativo e as características de cada direito fundamental, fatores esses que podem variar, conforme as especificidades dos parâmetros normativos e da dogmática de cada país. Um trabalho de anos, senão décadas, que, no Brasil, ainda tem de ser iniciado. Seus fundamentos e as ideias que podem nortear seu desenvolvimento são apresentados nos itens seguintes.

#### **D. Projeto dogmático de reconstrução**

##### **I. Características da prova e seu âmbito de aplicação**

Até esse ponto, a proporcionalidade foi analisada e apresentada em sua origem e desenvolvimento. Inicialmente concebida como uma forma de controle do exercício do poder policial, ela foi transferida para o direito constitucional para, finalmente, se tornar uma categoria tão universal e teórica quanto o próprio direito: *língua franca*, ou categoria jurídica global.<sup>481</sup> O caminho de sua reconstrução dogmática vai no sentido inverso. Nele, a proporcionalidade não é considerada como uma categoria, ou princípio, universal. Ela é vista como uma técnica de controle entre outras, que tem sentido e finalidade específicos:

---

<sup>480</sup> Cf., nessa linha: Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, *JuS* 11 (1983): 850-855, p. 854; p. 514; Julian Rivers, “Proportionality and variable intensity of review”, *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 1 (2006): 174-207.

<sup>481</sup> Descrevendo o processo de universalização da proporcionalidade, desde suas origens no direito policial: Johannes Saurer, “Die Globalisierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat* 51 (2012): 3-33; Christoph Knill/ Florian Becker, “Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union”, *Die Verwaltung* 32 (2003): 447-481. Afirmando que a proporcionalidade é a estrutura geral e universal da avaliação da constitucionalidade de limitações de direitos fundamentais: Madhav Khosla, “Proportionality: An assault on human rights? A reply”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 2 (2010): 298-306; Matthias Klatt/ Moritz Meister, “Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on I.CON controversy”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3 (2012): 687-708.

controlar e conter atos estatais que interferem excessivamente na proteção constitucional de direitos fundamentais. Na terminologia de Jürgen Schwabe, ela é um limite jurídico modal, ou material, da atividade estatal interventiva, pois relacionado ao conteúdo do direito fundamental restringido.<sup>482</sup> Instrumento de contenção de intervenções estatais no conteúdo protegido dos direitos fundamentais, a proporcionalidade é, na formulação de Karl August Bettermann, um limite de segundo grau: limite de limites.<sup>483</sup>

Contra tal concepção, Carlos Bernal Pulido afirma que a expressão limite dos limites faz parecer que os direitos fundamentais são, eles mesmos, limites, pelo que a proporcionalidade teria aplicação autônoma em relação a eles. Sustenta ainda que os direitos fundamentais e a proporcionalidade sempre são aplicados em conjunto e que esse teste, ao invés de limitar o poder estatal de restrição de direitos fundamentais, determina o conteúdo desses direitos, sobretudo nos casos duvidosos, em que o âmbito de proteção dos direitos é impreciso.<sup>484</sup> Pensar assim é radicalizar a indeterminação do conteúdo da prova, pois, com base nessa hipótese teórica, a proporcionalidade não é só um parâmetro amplo por meio do qual direitos e valores são ponderados. Ela substitui a função e os efeitos de proteção dos próprios parâmetros constitucionais de proteção e se torna, ela mesma, uma norma de direito fundamental, que têm caráter universal. Falar em direitos fundamentais ou em proporcionalidade é falar, nesse sentido, não só a mesma língua, mas coisas idênticas. E uma vez que se adote essa tese, não se sabe mais para que servem as noções de conteúdo protegido ou suporte fático, como também a própria distinção entre os diferentes direitos fundamentais no texto constitucional perde todo o seu sentido normativo: como todos eles foram reduzidos à proporcionalidade, não há razão para diferenciá-los.

Não há, por outro lado, nada de estranho na distinção das categorias, ou espécies, de limites ao poder de restrição. Direitos fundamentais são, eles mesmos, limites, pois constringem a atividade estatal interventiva a justificar os motivos da intervenção.<sup>485</sup> Isso não quer dizer que toda intervenção no conteúdo protegido seja automaticamente inconstitucional, mas sim que, verificada a existência de uma restrição, se impõe ao Estado

---

<sup>482</sup> Cf. Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, p. 23. Similarmete: Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, p. 229.

<sup>483</sup> Karl August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, p. 18. Atribuindo a autoria da expressão a Bettermann: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 711.

<sup>484</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 531.

<sup>485</sup> Nessa linha, corretamente: Jörn Ipsen, *Staatsrecht II*, p. 48; Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, p. 162; Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, p. 543; Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, p. 163.

o dever de justificar esse exercício de poder. Direitos fundamentais são, portanto, antes de tudo, regras de distribuição de ônus argumentativos entre estado e titulares de direitos fundamentais.<sup>486</sup> Por sua vez, os instrumentos de justificação dos atos estatais restritivos de direitos também são variados. A proibição de restrições individualizadas é uma delas;<sup>487</sup> a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, outra.<sup>488</sup> A proporcionalidade se insere nesse contexto como mais uma técnica de controle de limitações de direitos, entre tantas outras. Ela não se identifica nem substitui a proteção constitucional dos direitos fundamentais; simplesmente a reforça e a ela atribui sentido técnico, exigindo que o poder estatal restritivo não seja executado de forma excessiva.

Essa concepção é confrontada com duas acusações. Pensar que as funções da proporcionalidade se resumem à defesa dos titulares dos direitos fundamentais contra intervenções estatais é, diz a crítica, um anacronismo que desconsidera novas formas de atuação do Estado na distribuição de bens escassos.<sup>489</sup> Fora isso, essa seria uma concepção estranha ao direito brasileiro, pois a Constituição de 1988 prevê não só os direitos e as

<sup>486</sup> Cf. nesse sentido: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 197. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 154.

<sup>487</sup> Condição que é prevista no artigo 19, 1, da Lei Fundamental, em que se exige que leis restritivas de direitos fundamentais não devem se dirigir a um caso particular. É o que se convencionou chamar de mandamento de generalidade de leis restritivas. Virgílio Afonso da Silva retira consequências teóricas desse dispositivo. A seu ver, ele conteria um argumento a favor da “teoria dos limites imanentes”, pois o texto diz que a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais deve estar prevista na Constituição (Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei”, p. 610). Essa é uma interpretação bastante polêmica. Isso por duas razões. Primeiro, a impossibilidade de restrições a direitos fundamentais em casos não expressamente disciplinados pela Lei Fundamental decorre da rejeição, pelo poder constituinte, de uma cláusula geral de restrição, que constava no projeto inicial dessa Constituição. O art. 19, 1, da LF não tem relação com esse fato. A esse respeito, com referências históricas: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 123; Friedhelm Hufen, “Entstehung und Entwicklung der Grundrechte”, *NJW* 21 (1999): 1504-1510, p. 1506; Martin Borowski, “Limiting clauses”, *Legisprudence*, v. 1, n. 2 (2007): 197-240, p. 227. Segundo, o sentido e a função do artigo 19, 1, da Lei Fundamental não é impedir a restrição dos direitos fundamentais fora dos casos expressamente disciplinados pela Constituição. Para essa função, a vinculação de todos os órgãos estatais às normas de direitos fundamentais é suficiente. Sendo assim, a norma comentada tem dois sentidos possíveis. Primeiro, ela é uma decorrência da separação de Poderes estatais, pois afasta a possibilidade de o Legislador criar atos normativos concretos e, com isso, atuar em âmbito reservado ao Executivo. Segundo, ela é uma decorrência e um reforço do direito geral de igualdade, pois uma lei específica, ou seja, direcionada a determinadas situações e indivíduos, é uma lei potencialmente discriminatória. Nada disso autoriza a pressuposição de que tal dispositivo seria a fonte da chamada teoria imanente dos limites, que, na verdade, foi uma construção decorrente da interpretação ampliada do artigo 2º, 1, da Lei Fundamental. Para as diferentes funções do art. 19, 1, da LF, ver: Walter Krebs, “Einschränkung und Wesensgehalt von Grundrechten”, in: Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, München, C. H. Beck’sche, 2000, p. 1045.

<sup>488</sup> Disciplinada no artigo 19, 2, da Lei Fundamental. Acerca da relação desse limite absoluto do exercício do poder de restrição com o teste da proporcionalidade: Frank Raue, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?”, p. 93 e ss.

<sup>489</sup> Por muitos, nessa linha: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidade y los Derechos fundamentales*, p. 529. Similar, vinculando a proporcionalidade a noção de direito fundamental objetivo: Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 124 e ss.

liberdades, mas também direitos sociais e coletivos, que passaram, portanto, a ter o mesmo valor e a merecer a mesma tutela conferida aos direitos classificados, em geral com base na obra de Georg Jellinek, como direitos negativos.<sup>490</sup>

Mas nenhuma dessas críticas é convincente. O erro da primeira delas está em confundir um instrumento jurídico com a realidade em que ele é aplicado. Naturalizados, os conceitos e técnicas jurídicas, no caso, os direitos fundamentais e a proporcionalidade, teriam sua concepção alterada em função do ambiente em que eles são aplicados. Proporcionalidade não seria, assim, um conceito e uma técnica, com efeitos normativos variáveis em função do conteúdo do direito protegido. Seu próprio conceito e função seriam variáveis e mutáveis, conforme as circunstâncias, ou ideologias, que circundam sua aplicação. Se e na medida em que tal orientação prospere, não se poderia mais falar em dogmática da proporcionalidade, pois não se saberá mais o que esse teste significa, até que sua aplicação ocorra. A ampliação do âmbito de aplicação da técnica, que passa a se estender, por exemplo, ao controle de direitos prestacionais, vem acompanhada da dissolução de seus contornos e limites dogmáticos.<sup>491</sup> Enfim, convertida em um nome, que se ajusta a qualquer ambiente ou controvérsia, a proporcionalidade perde aquilo que era seu conteúdo fundamental e sua maior virtude: a capacidade de conter excessos de poder. Ao fim e ao cabo, essa é a troca proposta pelos defensores da expansão da aplicação da proporcionalidade: a maior amplitude e extensão da prova da proporcionalidade em troca da redução de sua força vinculante, orientadora e de estabilização.<sup>492</sup>

Mas a proporcionalidade não é um elemento da natureza. Nem contém a solução de todos os problemas jurídicos, sociais e econômicos de um país. Pressupor que ela tenha, ou possa cumprir, tais funções, é justamente o ponto de partida para que ela não tenha função jurídica alguma. Ao contrário, quando contida e controlada em sua função de defesa, a proporcionalidade volta a cumprir um papel relevante, não só na defesa de direitos, mas

---

<sup>490</sup> Explicitamente: Daniel Sarmiento, “Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos”, p. 287 e ss.; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 203 e ss.; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 277 e ss.

<sup>491</sup> Paul Kirschhof, “Gleichmaß und Übermaß”, p. 144. Com referências históricas: Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, p. 20.

<sup>492</sup> Isso ocorre quando instrumentos concebidos para a defesa de direitos são transportados para âmbitos estranhos à sua função original. Nessa linha, criticando a perda de contornos das noções de âmbito de proteção e intervenção decorre da aplicação de tais técnicas em relação a direitos prestacionais: Gertrude Lübbecke Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, p. 228 e ss. Especificamente, quanto à perda da função dogmática da proporcionalidade quando aplicada no controle da realização de direitos prestacionais: Peter Lerche, “Grundrechtsschranken”, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. V, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, p. 776.

também no desenvolvimento da democracia e na distribuição de recursos na sociedade. Quanto a isso, ela não é um instrumento que diretamente aponte para as soluções dos conflitos democráticos e sociais. Como prova negativa, ou seja, voltada a conter excessos de poder estatal, a proporcionalidade tem dois efeitos, ambos indiretos, sobre questões distributivas. Enquanto instrumento de controle incidente no processo de formação de decisões políticas, a proporcionalidade incide sobre o procedimento decisório, ocorra ele via participação social ou deliberação parlamentar. Exige que alterações ou mudanças dos procedimentos deliberativos preestabelecidos sejam justificadas e que tais medidas sejam as menos drásticas possíveis. Com isso, ela cria condições para que essas questões possam ser debatidas, pois afasta interferências estatais excessivas no processo decisório.<sup>493</sup>

Fora isso, sem pressupor a existência de colisões e ponderações de direitos fundamentais, ela pode conter excessos, por exemplo, de intervenções estatais no domínio econômico, sobretudo quando esse ato seja a fonte de tratamentos desiguais ou discriminatórios. Nesse caso, a proporcionalidade atua como instrumento de controle em conjunto com a igualdade e ambas exigem justificações específicas e diferentes da atuação do Estado na e sobre a economia.<sup>494</sup> Tudo isso ocorre sem qualquer alteração no conceito ou na extensão da aplicação da proporcionalidade: defesa dos direitos fundamentais e de seus titulares contra intervenções estatais.

Quanto à segunda crítica, não há dúvida alguma de que o texto da Constituição brasileira de 1988 prevê um rol extenso e variado de direitos fundamentais, que abarca as funções de defesa, prestação e participação no processo político.<sup>495</sup> Justamente por isso foram criados diferentes instrumentos e procedimentos de judicialização e efetivação de

---

<sup>493</sup> Cf. nesse sentido: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 132.

<sup>494</sup> Nessa linha: Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, p. 465. Sustentando que a proporcionalidade não tem aplicação em relação às dimensões objetiva e institucional dos direitos fundamentais: Andreas von Arnau, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 230.; Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 234; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 852. Similar, quanto ao direito austríaco: Michael Holoubek, “Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas”, p. 66 e ss. Contra, afirmando que a proporcionalidade tem aplicação em todas as áreas do direito e em relação a todas as funções dos direitos fundamentais, pois, na prática a distinção entre intervenção e prestação teria desaparecido: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 157

<sup>495</sup> Para a classificação das diferentes funções e espécies de direitos fundamentais: Hans D. Jarass, *Bausteine einer umfassender Grundrechtsdogmatik*, p. 347 e ss. Para a exposição da evolução histórica dessas funções: Jorge Miranda, *Manual de Direito constitucional*, p. 17 e ss.; Klaus Stern, “Die Idee der Menschen und Grundrechte”, in: Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006, Bd. 1, p. 11 e ss.

interesses vinculados às várias espécies de direitos fundamentais.<sup>496</sup> Se é assim, não há razão ou necessidade de estender a aplicação de instrumentos concebidos para a tutela de direitos de defesa, como é o caso da proporcionalidade, para outros campos. Basta utilizar os instrumentos que já existem. Ou seja, quando bem analisada, a crítica à restrição do âmbito de aplicação da proporcionalidade se inverte: ela mesmo demonstra não ser necessário utilizar essa prova em casos que não envolvam a defesa dos titulares de direitos fundamentais contra a intervenção estatal.<sup>497</sup> Tudo isso mostra que a crítica dirigida à função de defesa do teste confunde dois níveis distintos de reflexão, pois da simples constatação da existência de normas que tutelam dimensões diferentes dos direitos fundamentais não se segue, necessariamente, que todos esses direitos tenham de ser tutelados pelos mesmos instrumentos ou técnicas jurídicas. Ao contrário, nivelar todos eles sob o manto de uma só técnica, no caso, a proporcionalidade entendida como mandamento universal, é a real causa da capitulação do texto constitucional de 1988, que explicitamente vinculou diferentes instrumentos jurídicos à efetivação das diversas funções dos direitos fundamentais. Conceber a proporcionalidade como instrumento de defesa não é só, portanto, o primeiro passo no caminho de reestruturação dessa prova. É também a concepção que melhor se ajusta ao texto da Constituição brasileira.

---

<sup>496</sup> Dentre eles, o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A respeito das características e efeitos desses instrumentos de controle de constitucionalidade: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, p. 304 e ss.; Dimitri Dimoulis/ Soraya Lunardi, *Curso de processo constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 117 e ss.; Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 83 e ss.

<sup>497</sup> Chegando a conclusão semelhante, qual seja, de que a importação da função objetiva dos direitos fundamentais para o direito brasileiro é um “empréstimo teórico inadequado”: Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do Direito*, p. 140. Contudo, o argumento utilizado para chegar a essa conclusão, de que, na falta de uma norma, como a que existe na Alemanha, que vincule os três Poderes e seus órgãos aos direitos fundamentais, os particulares também seriam, no caso brasileiro, destinatários das normas de direitos fundamentais, é incorreto. A distinção entre Estado e sociedade e a, conseqüente, função de defesa dos direitos fundamentais são as premissas que bastam para chegar à conclusão de que os particulares não são, ao contrário do Estado, destinatários dos direitos fundamentais. Corretamente, a esse respeito: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 96. A hipótese do cabimento de *habeas corpus* contra particulares pode gerar dúvidas a esse respeito: não estaria aí a prova de que os direitos fundamentais, no caso, o direito de ir e vir, têm sim eficácia entre os particulares? Contudo, mesmo nesse caso, o particular não é o destinatário do direito fundamental, pois o fundamento da impetração dessa modalidade de *habeas corpus* não é o abuso ou o excesso da intervenção do poder estatal, e sim a ilegalidade da ação do particular que interfere na liberdade de outrem (art. 5º, LXVIII, CF/1988). Se é assim, a ação do Estado de tutelar a liberdade daquele que, sem base legal, tem seu direito de liberdade restringido por outro particular, é simplesmente um caso de aplicação corriqueira, mesmo que por uma via mais célere, da lei. Não há, assim, também aqui, uma hipótese de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para a exposição dos requisitos do *habeas corpus* contra ato de particulares: Ada Pellegrini Grinover/ Antônio Magalhães Gomes Filho/ Antônio Scarance Fernandes, *Recursos no Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 361.

## II. Questões estruturais ou de sistematização

A consequência da universalização da utilização da proporcionalidade é a expansão de seu conteúdo e objetivos. Com a finalidade de harmonizar princípios e valores em colisão, a prova incorpora os conteúdos dos direitos e, no limite, toda a função de criação, desenvolvimento e aplicação do direito passa a se resumir na aferição da proporcionalidade de colisões normativas.<sup>498</sup> Como o sistema jurídico é uma criação intelectual, ou racional, o resultado da expansão do conceito e da utilização da prova aos confins mais distantes do sistema jurídico está na exigência de que a proporcionalidade concentre todas as pretensões de racionalidade argumentativa e decisória que pairam no imaginário jurídico.

Racional e analítica, a prova tem de ser estruturada, analisada e dissecada em mínimos detalhes. Determinar os fins e meios incidentes, saber como e de que forma essas grandezas se relacionam, indicar se meios alternativos, com a mesma ou maior eficiência, estavam à disposição do legislador, aferir, enfim, se entre meio e fim há uma relação de proporcionalidade seriam, nesse sentido, passos distintos mas escalonados de uma estrutura fixa e invariável, voltada a otimizar a racionalidade do processo decisório.<sup>499</sup> Ser proporcional é, nesse sentido, ser racional. Em um modelo dogmático, o pressuposto de todo o desenvolvimento da análise da proporcionalidade é, ao contrário, que a racionalidade argumentativa não pode ser condensada, ou resumida, em uma única técnica, ou metodologia jurídica, em específico. Por isso, esse modelo não tem a pretensão de demonstrar que a proporcionalidade seja o mais racional dos métodos que direcionam a aplicação de normas constitucionais que garantem direitos fundamentais. Para ele, basta comprovar que ela é um instrumento de controle apto a atingir sua finalidade e a cumprir a função a que se destina: a defesa da liberdade e a contenção do exercício arbitrário do

---

<sup>498</sup> Nesse sentido, afirmando que a proporcionalidade é um elemento essencial e indispensável de toda e qualquer ordem jurídica: David Beatty, *The ultimate rule of Law*, p. 163.

<sup>499</sup> Identificando proporcionalidade com o método que, sem indicar a resposta correta para o conflito de princípios, tem o maior grau de racionalidade jurídica possível: Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, p. 771; Jan-Reinard Sieckmann, “Zur Begründung von Abwägungsurteilen”, *Rechtstheorie* 26 (1995): 45-69, p. 46 e ss.; Nils Jansen, “Die Normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht”, Jan-Reinard Sieckmann, *Die prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexis*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 39; Matthias Klatt/ Moritz Meister, “Proportionality - a benefit to human rights?”, p. 699; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 102; Id., “Ponderação e objetividade da interpretação constitucional”, p. 370. Similar, mas também considerando ser um instrumento de diálogo institucional: Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*, Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2008, p. 129.



poder estatal.<sup>500</sup> Se, para isso, é necessário criar uma estrutura fixa e invariável da prova, é algo a ser analisado nos próximos itens.

### a. Da racionalidade ao equilíbrio estrutural

Estruturar a proporcionalidade quer dizer apresentar um caminho fixo e invariável do desenvolvimento dos testes que a compõem. Não haveria outra possibilidade de estruturação da prova a não ser aquela que inicia com a avaliação da adequação, ou conexão racional,<sup>501</sup> da medida restritiva com sua finalidade, passa pela necessidade comparativa em relação a meios alternativos e, finalmente, deságua na análise da proporcionalidade em sentido estrito, que pode ser entendida como equivalente à ponderação,<sup>502</sup> como proibição de tratamento desproporcional ou,<sup>503</sup> enfim, como instrumento voltado à proteção de conteúdos mínimos dos direitos.<sup>504</sup> A única variação estrutural possível estaria na inclusão de testes preliminares, nos quais a legitimidade, tanto dos fins perseguidos quanto dos meios empregados, seria avaliada.<sup>505</sup> Teórica e racionalmente estruturado, o procedimento de aplicação do teste da proporcionalidade teria

---

<sup>500</sup> Afirmando que a defesa do indivíduo e da liberdade é a base e o fundamental da proporcionalidade: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 538. De modo semelhante, propondo, tal qual Peter Lerche, a substituição da terminologia *proporcionalidade em sentido estrito* por *proibição de excesso* e reservando o termo *proporcionalidade* para o último passo do teste: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 732.

<sup>501</sup> Na literatura constitucional canadense, utilizando a nomenclatura “conexão racional”, ao invés de adequação: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2007, p. 817; Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 303. Similar, no que diz respeito ao modelo sul-africano da proporcionalidade, mas analisado o critério da consistência da finalidade e da ausência de conexão racional em conjunto: Niels Petersen, *Proportionality and the inconsturability challenge*, p. 13 e ss.

<sup>502</sup> Por todos, nessa linha: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100.

<sup>503</sup> Explicitamente, negando a necessidade de otimização dos direitos nessa etapa da prova e afirmando que o critério a ser empregado é o da proibição da desproporção (*Missverhältnis*) entre meio e fim: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 457. Similar, falando da avaliação da não desproporção entre intervenção e finalidade: Thomas Reuter, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - das unbekante Wesen”, *JURA* 7 (2009): 511-518, p. 513; Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 556.

<sup>504</sup> Nesse sentido, a conhecida tese de Schlink (*Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 90 e ss.), apresentando tal critério e considerando que ele é preferível ao conceito de núcleo essencial, utilizado pela teoria dos limites imanentes: Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision*, p. 148.

<sup>505</sup> Propondo a inclusão desses passos na proporcionalidade: Bernard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 449. Similar, mas criticando o termo “legitimidade”, por considerar que ele pode levar a pensar que se trata de avaliar a finalidade moral da medida: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 188 e ss. Acerca da utilização desses conceitos no direito comunitário europeu: Johannes Saurer, “Die Globalisierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, p. 9.

poucas, para não dizer nenhuma, variações. Na base da ideia de progressão analítica dos testes que compõem a prova da proporcionalidade está a pressuposição do escalonamento da complexidade das respectivas fases. Mais simples, o critério da adequação teria de ser o primeiro a ser avaliado. Caminhado no sentido da maior complexidade da prova, a necessidade seria um passo intermediário e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito seria o ponto culminante da prova.

De forma inversa, a proporcionalidade poderia ser comparada com um conjunto de filtros: os primeiros, menos exigentes; os últimos, mais.<sup>506</sup> Resulta dessa orientação que as dificuldades e as dúvidas interpretativas acerca da aplicação dos diferentes testes são transferidas para o último passo da prova.<sup>507</sup> Isso faz com que a função prática da adequação tenda a ser nula e sua utilização, inexpressiva e desnecessária.<sup>508</sup> Sem resultados ou sentidos práticos, a adequação tende a ser eliminada ou absorvida pelos outros passos que compõem a proporcionalidade. O meio inadequado, ou seja, aquele que não tem nenhum efeito em relação ao fim perseguido, seria automaticamente um meio desnecessário e excessivo, pois a ausência da ação estatal inadequada é a medida menos gravosa ao direito fundamental afetado.<sup>509</sup>

Enfim, quando a necessidade é concebida como a avaliação, puramente fática,<sup>510</sup> da relação entre meios variáveis e um parâmetro fixo de comparação,<sup>511</sup> toda a análise e interpretação jurídica do caso é transferida para a proporcionalidade em sentido estrito, que, com isso, passa a concentrar as questões mais relevantes e polêmicas da prova. Não admira que, com base nesse modelo, o julgamento de questões controvertidas seja, na prática, diretamente transferido para o último passo da proporcionalidade. Basta identificar

---

<sup>506</sup> Utilizando a metáfora do afunilamento da prova: Leonardo Martins, “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros”, *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 3, n. 5 (2003): 15-45, p. 20.

<sup>507</sup> Percebendo e criticando essa tendência na jurisprudência constitucional portuguesa: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 748 e ss.

<sup>508</sup> Cf. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 779. Citando o caso da licença de caça com falcões (BVerfGE 55, 158), um dos poucos precedentes em que o Tribunal Constitucional alemão retirou efeitos práticos da adequação: Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, p. 389.

<sup>509</sup> Nessa linha, dentre outros: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 5; Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, p. 76.

<sup>510</sup> Dentre muitos, afirmando que os testes da adequação e necessidade avaliam somente relações entre fatos: Bernhard Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 453; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 117; Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 307; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 43.

<sup>511</sup> Cf. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 115.

esse último teste com a ponderação para concluir que proporcionalidade, ponderação e sopesamento não são práticas ou conceitos diversos.

Equilibrar a prova da proporcionalidade é uma tarefa que exige então não só a redefinição das funções e da configuração de seus diversos testes, como também a reavaliação da relação estrutural que eles mantêm entre si. Sob o aspecto funcional, é preciso libertar os testes que compõem a proporcionalidade da busca incessante pela realização de um ideal de racionalidade decisória. Técnicas ou métodos de controle de leis e medidas restritivas de direitos, como a proporcionalidade, não carregam em si mesmos a característica ou atributo da argumentação racional. Ao contrário, se por racionalidade decisória se entende a estabilidade, previsibilidade e generalidade das decisões jurídicas, a identificação da proporcionalidade com a ponderação é justamente a negação desses pressupostos.<sup>512</sup> A argumentação jurídica racional é, na verdade, construída pelo trabalho conjunto da teoria, a quem compete esclarecer padrões e modelos argumentativos, e da dogmática, que lida com esses modelos aplicados na prática. Por isso, simplesmente afirmar que a concepção teórica de uma técnica, no caso, a proporcionalidade, concentra todos os requisitos necessários e suficientes para a implementação prática de um ideal de racionalidade, é desconsiderar que a prática e a dogmática jurídicas trabalham com conflitos concretos de interesses e com textos de lei, que, por sua vez, são frutos de compromissos e consensos,<sup>513</sup> não de uma entidade racional abstrata.<sup>514</sup> Disso decorre a necessidade de se atribuir uma finalidade específica e um conteúdo material à prova.<sup>515</sup>

Não mais uma fórmula vazia, e sim um instrumento de defesa das liberdades e contenção do poder estatal, a proporcionalidade tem então sua configuração redefinida. Todos os testes que a compõem devem ser dirigidos a esse mesmo fim e, para isso, cada um deles cumpre uma função específica. A adequação orienta a prova atribuindo sentido

---

<sup>512</sup> A esse respeito, além do exposto no item C.V.a deste trabalho e também cf. Renata Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, p. 215 e ss.

<sup>513</sup> Nessa linha, a descrição dos embates e conflitos de interesses que caracterizam o processo legislativo contemporâneo em: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, p. 131 e ss.

<sup>514</sup> Cf. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch”, p. 232.

<sup>515</sup> Cf. Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 222; Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, p. 158. Material quer dizer, nesse caso, dirigido a uma finalidade e com objetivos específicos. A proporcionalidade não é, portanto, um princípio formal e sem conteúdo, como quer Lothar Hirschberg (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 77). Ao contrário, é uma função jurídica orientada por critérios normativos, que conduzem toda a prova. Com a perspectiva da teoria dos princípios, também afirmando que a proporcionalidade não é uma prova neutra: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 514.

normativo aos demais testes. Nela se encontra indicada a relação possível entre o meio estabelecido e a finalidade almejada pela intervenção legislativa. Ela é o critério com base no qual se pode determinar se e em que medida a restrição do conteúdo normativo do direito fundamental está relacionada com a finalidade perseguida pelo Estado. Mais do que isso, ela estabelece a amplitude do meio e do fim a serem avaliados na prova, grandezas que limitam os possíveis meios alternativos concorrentes e influenciam na relação, excessiva ou não, entre a limitação da liberdade e a persecução da finalidade estatal. Enfim, conforme a amplitude ou concreção normativa dos dois parâmetros na adequação, os testes subsequentes serão mais ou menos intensos e exigentes na avaliação da intervenção. Adequação não é, portanto, uma simples avaliação fática do grau de fomento da finalidade perseguida.<sup>516</sup> Nesse teste ocorre a valoração e a avaliação jurídicas da relação entre uma finalidade constitucional e o meio instituído para perseguir esse parâmetro. Mas não só o conteúdo, como também as consequências desse teste são normativos, pois com base nele será determinado o grau de dificuldade ou rigidez dos testes subsequentes.

Necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, devem ter sua relação redefinida. Cada uma delas cumpre uma função específica no interior da prova geral da proporcionalidade. A necessidade, avaliando se outras medidas menos restritivas poderiam ser instituídas no lugar da estabelecida pelo Poder público; a proporcionalidade em sentido estrito, indicando se tal medida foi excessiva ou se há uma relação de desproporção entre ela e a finalidade por ela perseguida. Se é assim, será perfeitamente possível que uma medida seja proporcional em sentido estrito, ou melhor, não seja uma intervenção excessiva e desproporcional e, mesmo assim, existam meios menos gravosos à liberdade afetada.<sup>517</sup> Proporcionalidade sem necessidade. Não está excluída a possibilidade de ocorrer a constelação mais conhecida: medida interventiva necessária, ou seja, sem correspondente menos gravoso, mas desproporcional em sentido estrito, por representar uma intervenção excessiva no direito protegido. Necessidade sem proporcionalidade.

---

<sup>516</sup> Nesse sentido, afirmando que a avaliação normativa e jurídica perpassa todos os passos e testes que compõem a proporcionalidade: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 56. Similar: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 736 e ss.

<sup>517</sup> Considerando essa possibilidade admissível e afirmando que necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são testes paralelos, autônomos e independentes que compõem a prova geral da proporcionalidade: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817; Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 8.

Subordinados à orientação e ao sentido normativo fixado pela adequação, necessidade e proporcionalidade são, portanto, testes paralelos, sem que esteja afastada a possibilidade da utilização sucessiva de ambas. Não há, todavia, uma relação teórica, fixa e estrutural. Ao contrário, entre ambos os testes há uma relação dinâmica e variável, em função, sobretudo, da configuração normativa e dogmática do parâmetro de controle em questão. De acordo com tais variáveis normativas, ocorrerão hipóteses em que um desses testes pode ser aplicado e o outro, não. É exatamente o que ocorre nas raras limitações ao direito de igualdade, caso em que a proporcionalidade é aplicável; a necessidade, não.<sup>518</sup> A avaliação das restrições ao direito ao trabalho contém hipótese inversa, pois, nesse caso, pode ocorrer que a prova da proporcionalidade tenha seu término na avaliação da necessidade da medida restritiva, o que ocorre, por exemplo, nas regulações do exercício da atividade profissional que não atinjam a escolha da profissão.<sup>519</sup>

Em todos esses casos, a variação da estrutura do teste ocorre em função da própria configuração normativa do direito restringido. Prova de que a avaliação jurídica do parâmetro constitucional protetivo perpassa toda a configuração da prova da proporcionalidade. Mas também podem ocorrer casos em que o fator determinante da alteração da configuração dos testes seja o órgão que criou a medida interventiva. Medidas concretas, como atos administrativos, vinculadas a parâmetros igualmente concretos, como leis orçamentárias, não oferecem possibilidades alternativas de limitação menos gravosa. Por isso, nesses casos, não há como cogitar a aplicação ou avaliação da necessidade da medida.<sup>520</sup> Contudo, não está descartada a hipótese de esses mesmos atos configurarem restrições excessivas na liberdade dos titulares dos direitos fundamentais, caso em que tais atos serão desproporcionais, sem que se cogite de sua desnecessidade. Mesmo que essa configuração dogmática não realize o ideal da racionalidade ótima, ela confere transparência e funcionalidade aos diversos testes que compõem a proporcionalidade e torna a prova, como um todo, operacional. Evita também a concentração da análise normativa na etapa final da proporcionalidade, pois adequação e necessidade não são mais considerados testes puramente fáticos. Como toda prova e técnica jurídicas, todos esses testes contêm igualmente elementos normativos e de fato. Não só um ou outro. Enfim,

---

<sup>518</sup> A esse respeito, o quanto já foi aqui exposto no item C.III.a e também: Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, p. 153.

<sup>519</sup> Cf. quanto a esse ponto o exposto no item C.III.c e também: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 135 e ss.

<sup>520</sup> Apresentando o problema: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 158 e ss.

afastado da panaceia da ponderação, o modelo transforma a proporcionalidade em sentido estrito em um teste jurídico como os demais, que avalia se e em que medida o ato estatal avança em excesso sobre a liberdade individual. Reequilibrados e redefinidos em suas diferentes funções, os testes que compõem a proporcionalidade incorporam conteúdos e podem ser combinados com outros parâmetros.

## b. Incorporação da legitimidade dos fins e meios

Quando, em 1986, a Suprema Corte canadense julgou *Oakes*,<sup>521</sup> o primeiro critério de avaliação da proporcionalidade da medida restritiva foi a legitimidade,<sup>522</sup> ou importância constitucional, da finalidade perseguida pela autoridade estatal. Desde então, o foco dos comentários e da jurisprudência constitucionais é determinar o sentido e o alcance desse critério. Se e em que medida razões de interesse público, social, econômico, orçamentário podem justificar a intervenção em direitos fundamentais são alguns dos pontos desse debate.<sup>523</sup> O critério e finalidade geral dessa prova é afastar intervenções que tenham objetivos constitucionalmente proibidos. Sob o aspecto estrutural, importa saber se a legitimidade é um critério interno ou prévio à aplicação da proporcionalidade. O problema pode ser percebido quando os critérios e classes de finalidades constitucionalmente proibidas são analisados. Finalidades gerais não legítimas seriam, por exemplo, a violação

<sup>521</sup> *R. vs Oakes*, S.C.R. 103 (1986). O caso tratava da inversão do ônus da prova, ou seja, de norma prevendo a presunção de culpabilidade, em processos de acusados por porte de drogas. Para a descrição do julgado: Sujit Choudhry, “So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1”, *Supreme Court Law Review*, v. 34 (2006): 501-535, p. 505.

<sup>522</sup> Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins consideram o termo *legitimidade* inconveniente, pois ele daria a entender que esse critério tem em vista valores filosóficos, axiológicos ou sociológicos. Não se trata, dizem os autores, também de um critério material, similar ao encontrado na expressão “legitimidade de governo”. Por isso, propõem substituir o termo *legitimidade* por *licitude* do propósito perseguido e do meio empregado (Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 188). Não parece haver necessidade para tanto. Primeiro porque, se esse critério visa indicar o fator que autoriza a intervenção no direito fundamental, ele se aproxima do conceito de legitimidade governamental, pois ambas as noções indicam o fundamento do exercício do Poder estatal. A diferença está em que, em um caso, esse fundamento é político; noutro, constitucional. Para evitar a confusão entre essas aplicações do conceito de legitimação, basta esclarecer a diferença. Não é necessário trocar a nomenclatura. Segundo, o termo *licitude* também tem problemas, pois o que se avalia na proporcionalidade é a justificação, ou licitude, constitucional de uma intervenção no conteúdo protegido pelo direito fundamental. Dizer que tal medida é lícita ou ilícita é, portanto, o resultado da prova, não um de seus componentes. Por tudo isso, permanece aqui o termo *legitimidade* da intervenção estatal.

<sup>523</sup> A esse respeito, tratando ainda dos critérios desenvolvidos em Israel para a identificação das finalidades que autorizam a limitação de direitos fundamentais: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitation*, p. 265 e ss. Na literatura canadense: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 804.

da dignidade humana,<sup>524</sup> do núcleo essencial dos direitos fundamentais ou da igualdade.<sup>525</sup> Fins ilegítimos do poder de intervenção estão, por sua vez, indicados nos direitos fundamentais com reserva qualificada e nos sem reserva, estes últimos somente admitindo finalidades constitucionais para a restrição.<sup>526</sup> O paradoxo está em que, para concluir que uma norma que contrarie tais parâmetros é inconstitucional, não é preciso utilizar a proporcionalidade. Conclusão particularmente clara no que diz respeito à dignidade, que nem mesmo admite a intervenção estatal em seu conteúdo.<sup>527</sup> Se, nesse caso, toda intervenção é automaticamente uma violação inconstitucional, perquirir se a ação estatal é ou não proporcional é um exercício mental desnecessário.

Os mesmos raciocínio e conclusões valem para a análise dos meios. Basta afirmar que a tortura e a censura são meios constitucionalmente proibidos para se concluir que sua utilização é inadmissível. Não há que se falar em proporcionalidade. Mas o caminho inverso, de afirmar que a legitimação de meios e fins é um critério prévio apartado da proporcionalidade,<sup>528</sup> também não é totalmente satisfatório. Fruto da concepção que separa radicalmente as avaliações e provas fáticas e jurídicas, essa proposta termina por causar a desorientação do teste da proporcionalidade. Sem a avaliação do conteúdo jurídico de fins e meios, as provas que a compõem são deixadas em um vazio normativo, e não se sabe por que e com base em quais parâmetros, depois de terem desaparecido das análises da adequação e necessidade, considerações jurídicas ressurgem na proporcionalidade em sentido estrito. A questão se agrava quando essa linha de raciocínio é estendida para a análise do teste da adequação. Concebido em termos puramente fáticos e formais, esse último teste simplesmente afere se há alguma relação possível entre meios e fins.<sup>529</sup> Afirmar que tal relação não existe significa dizer que não há qualquer fundamento, seja ele fático ou jurídico, para a intervenção. Negar a adequação da medida significa, portanto, concluir que o conflito jurídico que fundamenta a ação estatal é ilusório. Mas não se sabe

---

<sup>524</sup> Nessa linha: Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, p. 465.

<sup>525</sup> Cf. Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1602; Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 549.

<sup>526</sup> Martin Morlok/ Lothar Michael, *Grundrechte*, p. 293.

<sup>527</sup> A esse respeito: Ralf Poscher, “Menschenwürde und Kernbereichsschutz”, *Humboldt Forum Recht*, n. 7 (2010): 90-103, p. 99.

<sup>528</sup> Nesse sentido: André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 780.

<sup>529</sup> Formal quer dizer aqui, para usar as palavras de Rudolf Wendt, um teste “cego” no que diz respeito ao valor jurídico dos direitos em jogo: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 449.

como ou por que se pode falar em proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma ilusão.<sup>530</sup> O resultado dessa argumentação seria a exclusão, não só da legitimidade, mas também da adequação, do interior da proporcionalidade. Ambas poderiam, quando muito, funcionar como critérios prévios, ou de preparação, da prova real, que se limitaria à análise da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio interventivo.<sup>531</sup>

A estrutura da prova tem muito a perder com isso, pois, sem poder recorrer ao elemento comum e unificador identificado pelos testes da legitimidade e adequação, os demais elementos da proporcionalidade se dispersam e passam a constituir provas autônomas. Necessidade e proporcionalidade em sentido estrito seriam, portanto, provas separadas e só acidentalmente sua aplicação seria conjunta. Mais do que isso, sem poder recorrer à análise prévia do significado constitucional dos fins perseguidos e dos meios utilizados pelo Estado, não seria mais possível matizar a intensidade das exigências e dos efeitos das diferentes provas. Tal qual ocorre quando a ponderação é incluída em seu interior, a proporcionalidade se tornaria um parâmetro único e uniforme. Cego em relação ao significado dos direitos e finalidades constitucionais. Enfim, sem um ponto de apoio normativo que indique os sentidos jurídicos do fim e dos meios a ele relacionados, essas categorias caem em um relativismo infinito, pois, assim como toda finalidade também pode ser considerada como um meio para que um fim mais amplo seja atingido, todo meio pode ser visto como uma finalidade de uma medida ainda mais concreta.<sup>532</sup>

A solução desses paradoxos é relacionar a análise dos parâmetros jurídicos que autorizam a intervenção estatal com a avaliação fática do fomento das finalidades perseguidas pelo Estado em um só teste, que direcionará e unificará os demais critérios da proporcionalidade. Esse é o sentido e a finalidade da adequação,<sup>533</sup> que passa então a

---

<sup>530</sup> Nessa linha, afirmando que a ausência da adequação comprova a inexistência do conflito: Denise Réaume, *Limitations on Constitutional rights: The logic of proportionality*, University of Oxford, Working Paper, n. 26 (2009), p. 10. Similar: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 221.

<sup>531</sup> É inconclusivo, portanto, o argumento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para quem é ilógico dizer que uma intervenção é adequada, mas ilegítima (*Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 193). Realmente, mas isso prova simplesmente que a avaliação da legitimidade da medida deve preceder ou ser concomitante à da adequação. Não que ambas integram a estrutura da proporcionalidade.

<sup>532</sup> Percebendo esse paradoxo: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 17 e ss; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 204. De forma semelhante, no que diz respeito à necessidade de se aferir o sentido normativo das medidas de intervenção para afastar tal relativismo: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 23. Incorreta, portanto, a afirmação de Daniel Sarmento, para quem, a questão da incorporação do teste da legitimidade à estrutura da proporcionalidade “não tem maiores consequências práticas” (Daniel Sarmento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 155).

<sup>533</sup> Nessa linha: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 694; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 49. Os autores, contudo,



congregar os parâmetros normativos, antes restritos à análise da legitimidade de fins e meios, à relação de fato entre a medida estabelecida e a finalidade perseguida. Não que a adequação substitua a análise do conteúdo da norma que garante o direito fundamental. Essa operação interpretativa é anterior à aplicação da própria proporcionalidade. Ela ocorre na definição do conteúdo constitucionalmente protegido. A adequação é simplesmente o elemento dogmático da prova que indica a relação entre o fim constitucional e o meio empregado pelo Estado para alcançá-lo.

Inexistindo a possibilidade de intervenção juridicamente admitida, como ocorre, por exemplo, no caso de intervenções no núcleo essencial dos direitos fundamentais,<sup>534</sup> não há relação dogmática possível entre meios e fins, mesmo que, de fato, exista uma relação de fomento entre os estados inicial, ou seja, anterior à aplicação da medida interventiva, e final. Congregando parâmetros normativos à análise do fomento, a prova indica que o fomento não tem, nesse caso, validade ou sentido jurídico e, por isso, a adequação da medida deve ser negada.<sup>535</sup> Com isso, a adequação passa a ter dois sentidos: um estrutural, outro normativo. No que diz respeito à composição da estrutura da prova, ela é o elemento unificador e o guia dos demais testes. Ela conduz a prova ao refletir as condições normativas dos parâmetros protetivos dos direitos fundamentais, mas também indica a intensidade da aplicação da prova como um todo. Direciona, em dois sentidos. Primeiro, por indicar o sentido da relação estabelecida entre medida interventiva e finalidade. Segundo, porque apresenta as possíveis consequências dessa relação para os demais passos da prova. Para tanto, duas variáveis são relacionadas.

---

diferenciam duas hipóteses de estruturação. Se os fins são proibidos em definitivo, diz ela, eles são elementos externos à proporcionalidade. Quando são proibidos *prima facie*, ocorre o contrário: são princípios integrados à prova. A distinção é surpreendente, pois a autora, na linha da teoria de Alexy, parte do ponto do princípio de que a proporcionalidade é uma técnica de solução de colisões de princípios. Se é assim, não tem sentido afirmar que a finalidade, que é um dos princípios em colisão, é proibida em definitivo, ou seja, tem a estrutura de uma regra.

<sup>534</sup> Isso pressupõe afastar a tese de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é aferido com base na proporcionalidade. Sustentando, com base no texto da Lei Fundamental, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um critério autônomo e absoluto, que não se identifica com a proporcionalidade: Frank Raue, “Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?”, p. 94; Andreas von Arnould, “Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, p. 277. Na jurisprudência: BVerfGE 115, 118 - *Luftsicherheitsgesetz*.

<sup>535</sup> Semelhante, afirmando que meios ilegítimos são *per se* inadequados: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Bd. III. 2, p. 777. Com razão, para evitar tais paradoxos, Carlos Bernal Pulido distingue entre finalidades imediatas, que são as alterações de fato visadas pelas medidas restritivas, e finalidades mediatas, que correspondem aos parâmetros constitucionais que regem a ação estatal interventiva (Cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 719).

A primeira delas é a generalidade, ou amplitude, de fins e meios. Se uma finalidade geral, o interesse público, por exemplo, é perseguida por uma medida concreta específica, como impedir a manifestação de pensamento de um determinado escritor, o teste da adequação pode ter duas consequências. Se a justificação da intervenção se resume à menção de uma finalidade tão abstrata como o interesse público ou o bem comum, a função da adequação será afastar a intervenção estabelecida. Isso porque, sem a indicação concreta do que tal finalidade significa na situação analisada, qualquer meio poderá ser justificado, pois quanto maior a amplitude e abstração do fim perseguido, menor é a possibilidade de não ser encontrado um meio que o fomenta, ao menos minimamente.<sup>536</sup>

Admitir que uma finalidade geral e abstrata justifique qualquer intervenção no conteúdo protegido dos direitos fundamentais implica não só negar a utilidade da proporcionalidade, que passa a ser uma simples forma de constatar a importância desses fins em relação aos meios estabelecidos. Isso também causa uma inversão na ordem de precedência entre a proteção das liberdades públicas e a atuação do Estado, que, com base em finalidades amplas e indeterminadas,<sup>537</sup> passa a ter o poder de intervenção ilimitado, quando o pressuposto da distinção das esferas estatal e civil é que a liberdade é a regra, a intervenção, a exceção. Se, por outro lado, o fim almejado pelo estado é geral, mas apresenta elementos concretos para a aferição da relação meio-fim, a adequação indicará que esse mesmo fim pode ser atingido por uma grande variedade de medidas alternativas com similar eficácia. Nessas circunstâncias, a adequação serve como elemento guia da continuidade da prova, pois indica a dificuldade de sustentar a necessidade de uma medida específica que busque fundamento em parâmetros tão amplos e indeterminados.<sup>538</sup>

---

<sup>536</sup> Nessa linha: Eberhard Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht, Kritische Untersuchung zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Tübingen, Mohr, 1976, p. 96. De forma similar, afirmando que finalidades gerais, sem qualquer indicação de seu conteúdo concreto, não podem justificar as intervenções estatais: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 158; Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 193; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 48. Citando a jurisprudência sul-africana a esse respeito, que também impede a justificação de intervenções com base em finalidades gerais: Niels Petersen, *Proportionality and the inconsturability challenge - some lessons from the south african Constitutional Court*, Public Law & Legal Theory Research paper series, Working Paper n. 13 (2007), p. 8 e ss. Em igual sentido, mas citando a jurisprudência norteamericana: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 245.

<sup>537</sup> Inversão denominada pela literatura constitucional de proibição geral com reserva de liberdade. Críticos a esse respeito e afirmando que a figura da proteção deficiente leva ao mesmo resultado de inverter a ordem de precedência entre liberdade e autoridade: Rainer Wahl/ Johannes Masing, "Schutz durch Eingriff", *JZ* (1990): 553-562, p. 556. Similar, afirmando que tal figura deve ser utilizada em casos excepcionais: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 140.

<sup>538</sup> Cf. Bernhard Schlink, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit", p. 450.

Em ambos os casos, a avaliação da adequação de meios e fins é determinada pela segunda variável da prova: os critérios normativos, relacionados ao conteúdo específico de cada norma de direito fundamental. Quanto mais ampla e indeterminada essa proteção constitucional, menor será a exigência de especificidade da ação interventiva e maior será a liberdade de autoconformação da autoridade. Essa variável se apresenta com clareza quando os graus de liberdade do Legislador e da Administração pública são comparados. No primeiro caso, há uma liberdade ampla de conformação, só freada nos pontos específicos de proteção dos direitos fundamentais.<sup>539</sup> O administrador público, ao contrário, está diretamente vinculado às finalidades indicadas em lei e, por isso, seu grau de liberdade de conformação é muito mais restrito.<sup>540</sup> São tais critérios normativos de divisão de competências, que indicam a natureza igualmente normativa do teste da adequação. Finalmente, se uma finalidade geral for perseguida por medidas interventivas igualmente gerais, meios e fins serão potencialmente identificados e, nesse caso, a adequação indicará a impossibilidade de se aplicar a proporcionalidade. O mesmo efeito, mas sob pressupostos inversos, ocorrerá quando finalidade e medida forem igualmente determinados quanto aos seus pressupostos jurídicos e efeitos concretos, caso em que faltará a necessária margem de apreciação para que exista a distinção entre meio e fim.<sup>541</sup>

Em todas essas hipóteses, a adequação funciona ao mesmo tempo como indicativo da inviabilidade da aplicação dos demais testes da proporcionalidade, mas também cumpre a função de filtro, pois afasta fins e meios ilegítimos. Na verdade, em todos esses casos o teste cumpre a mesma função de preservar e manter a integridade da proporcionalidade, pois fins e meios ilegítimos, seja por serem proibidos pela Constituição, seja por serem excessivamente amplos, não podem ser, de forma alguma, relacionados. Ao afastá-los, a adequação cumpre, ao mesmo tempo, sua função normativa de filtro e também preserva a composição da proporcionalidade.

---

<sup>539</sup> Nesse sentido: Matthias Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, p. 32; Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 601; Thomas Reuter, “Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - das unbekannte Wesen”, p. 514 e ss.

<sup>540</sup> Cf. nessa linha: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 543 e ss.; Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 68; Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 184.

<sup>541</sup> Cf. Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 853

### c. Autonomia ou incorporação da razoabilidade

Em sentido geral e objetivo, a razoabilidade é o correlato do próprio direito. Dizer que uma decisão ou dispositivo legal são irrazoáveis significa afirmar que tais normas são injustas e, por isso, antijurídicas.<sup>542</sup> Teoricamente discutível por pressupor a identificação de argumentos e parâmetros de validade e justiça, tal orientação tem pouca ou nenhuma função dogmática, pois sua adoção não traz nenhum ganho analítico e não fornece nenhum parâmetro de orientação adicional para o processo de concretização do direito.<sup>543</sup> Para que a utilização prática da razoabilidade tenha algum sentido específico e não se identifique com a mera constatação da inconstitucionalidade da norma analisada, é necessário então reconstruir esse parâmetro geral de forma a atribuir-lhe uma função técnica e específica. Importante é, sobretudo, identificar seus traços característicos e saber em que e como ela se diferencia da proporcionalidade.

Para tanto, há duas propostas de distinção. Em uma primeira orientação, o teste da razoabilidade visa aferir a arbitrariedade, ou irrazoabilidade, de normas restritivas. Entre os testes da proporcionalidade e da razoabilidade haveria, então, uma distinção conceitual e funcional que leva a uma separação metodológica e estrutural. Razoabilidade seria uma forma de controle de atos normativos menos intensa e não tão complexa quanto a proporcionalidade, pois se restringiria a questionar se a norma restritiva não é razoável, ou melhor, se a finalidade perseguida pelo Estado é irrazoável e ilógica a ponto de se concluir

<sup>542</sup> Identificando os precedentes em que tal sentido atécnico da razoabilidade foi utilizado na jurisprudência constitucional: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 87 e ss.

<sup>543</sup> Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso sustenta que razoabilidade e proporcionalidade são conceitos intercambiáveis justamente por abrigarem os mesmos “valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição de atos arbitrários ou caprichosos”. Diz ainda que a linguagem é livre e que “se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos” (Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito constitucional contemporâneo*, p. 258). A tese não tem sentido. Que os parâmetros e técnicas jurídicos visem, *todos eles*, a, em alguma medida, realizar tais finalidades e valores é afirmar o óbvio. O problema é saber exatamente o que significa justiça, racionalidade e rejeição do arbítrio, pois, conforme a técnica ou o parâmetro jurídico adotados, esses conceitos *também* passam a ter sentidos diferentes. Fora isso, sustentar que um dos valores subjacentes e distintivos de uma técnica é o senso comum não é só contraditório, pois implica diminuir seu valor técnico e jurídico, mas também uma banalidade, pois ninguém pode pensar em uma norma, conceito ou parâmetro dogmático completamente desprovido de senso jurídico. Os paradoxos só se agravam quando o autor diz que razoabilidade e proporcionalidade são nomes e que o autor pode adotar a terminologia que bem entender. Quanto a isso, não há dúvida. O problema é saber se tal terminologia tem alguma base empírica, dogmática ou científica, o que não é provado com a simples afirmação da liberdade criativa do autor. Pelas mesmas razões, são imprecisas e não justificadas as observações de Jane Reis Gonçalves Pereira a esse respeito, quando afirma que “o termo razoabilidade é polissêmico, podendo abarcar uma miríade de juízos relacionados ao conceito de justiça material” (Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 317).

que nenhuma pessoa ou autoridade poderia sustentar sua validade ou aplicação.<sup>544</sup> De pronto, são perceptíveis três distinções de tal configuração da razoabilidade em relação à proporcionalidade. Primeiro, a razoabilidade é um critério de controle de atos administrativos em relação a parâmetros e limites legais da atuação de órgãos e entidades públicas. Proporcionalidade, ao contrário, é um critério e uma técnica de controle de atos legislativos e também administrativos.<sup>545</sup> Segundo, se, no caso da razoabilidade, o critério de controle da prova é a deferência à decisão da autoridade democraticamente eleita, na proporcionalidade, o ato normativo avaliado é testado em todos os seus aspectos, pois sua validade se encontra sob suspeita.<sup>546</sup> Terceiro, a consequência estrutural das distinções anteriores reside na menor complexidade do teste da razoabilidade, que contém só um critério de avaliação, que é similar em sua configuração ao teste da adequação, enquanto a proporcionalidade é composta por este e outros dois testes subsequentes, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>547</sup>

Por duas razões, tal critério de distinção é artificial. Primeiro porque, em suas origens, a proporcionalidade também foi concebida como uma técnica de controle unicamente da atividade administrativa. Basta lembrar que, no contexto do direito policial prussiano, até mesmo o pressuposto mais básico do direito constitucional inglês, a supremacia do órgão parlamentar, existia e guiava a aplicação da proporcionalidade.<sup>548</sup> E tal qual a razoabilidade inglesa, tal prova visava anular decisões ou atos administrativos que representassem excessos ou arbitrariedades do exercício do poder estatal de

---

<sup>544</sup> É o chamado critério de *Wednesbury*, criado por decisão da Corte de Apelação inglesa, em caso que tratava da autorização de funcionamento de cinemas aos domingos, sob condição de que crianças menores não seriam admitidas nessas datas (*Associated provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948], 1 KB 223, pp. 228-230).

<sup>545</sup> Distinguindo a razoabilidade da proporcionalidade nesse sentido: Paul Craig, “The nature of Reasonableness Review”, *Current Legal Problems* (2013): 1-37, p. 6.

<sup>546</sup> Cf. Stone Sweet/ Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, p. 148. Nessa linha, aproximando o teste inglês *Wednesbury* e o parâmetro desenvolvido na jurisprudência administrativa francesa, chamado de *erreur manifeste*: Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, “Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee”, *VRÜ* (2011) 32-59, p. 38. Similar: Sophie Boyron, “Proportionality in English Administrative Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2 (1992); 237-264, p. 256.

<sup>547</sup> Por todos, nessa linha: Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 190.

<sup>548</sup> Com a integração do Reino Unido à União Europeia e a internalização de pactos de proteção de direitos humanos, essa situação tende a ser alterada. Disso decorre a discussão acerca da adoção de uma forma de controle que, em alguma medida, se aproxime do teste da proporcionalidade. Na jurisprudência, a esse respeito: *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Daly* [2001] All ER (D) 280. Na literatura: Johannes Saurer, “Die Globalisierung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, p. 12.

intervenção.<sup>549</sup> Segundo, de forma semelhante ao que ocorre com a razoabilidade, a aplicação da proporcionalidade também apresenta casos em que a prova é composta por só um teste, que, por sua vez, tem efeitos menos intensos e, por isso, tende a manter a decisão avaliada. Uma vez que se aceite que a proteção deficiente seja uma das faces, ou aplicações, da proporcionalidade, esse seria justamente um desses casos.<sup>550</sup>

Julgamentos envolvendo a intervenção do Estado na atividade econômica ou que envolvam a análise de programas sociais governamentais, nos quais a prova da proporcionalidade seja excepcionalmente aplicada, são exemplos adicionais.<sup>551</sup> Em uma de suas vertentes de aplicação, a prova da constitucionalidade da intervenção estatal no direito geral de igualdade também é um dos casos em que a prova da proporcionalidade se resume a aferir a não arbitrariedade, ou seja, a não adequação, da medida.<sup>552</sup> Enfim, o direito comunitário europeu também apresenta um exemplo de tal modalidade mais restrita, próxima ao modelo da razoabilidade do direito inglês, do teste de proporcionalidade: ao analisar diretivas e regulações comunitárias da atividade econômica, o Tribunal de Justiça da União Europeia aplica uma variante da proporcionalidade que avalia simplesmente se tais medidas são manifestamente inapropriadas.<sup>553</sup> Sem deixar de ser casos de aplicação da proporcionalidade, todos esses testes se aproximam ou se identificam com o teste utilizado na Inglaterra.<sup>554</sup>

---

<sup>549</sup> A esse respeito, ver o item C.I deste trabalho e também: Thomas Groß, “Von der Kontrolle der Polizei zur Kontrolle der Gesetzgeber”, p. 858; Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, p. 619.

<sup>550</sup> Cf., com base na jurisprudência constitucional: Hans Jarass, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, p. 378.

<sup>551</sup> Nessa linha, citando o caso em que foi julgado o programa de assistência social Hartz IV (BVerfGE 125, 175) como exemplo de contenção da intensidade do controle realizado pelo Tribunal Constitucional em relação a programas dessa natureza: Matthias Klatt/ Johannes Schmidt, “Abwägung unter Unsicherheit”, *AöR* 137 (2012): 545–591, p. 588. Similar, mas analisando a jurisprudência do direito comunitário europeu: Paul Craig, “Proportionality, Rationality and Review”, *New Zealand Law Review* (2010): 265–301, p. 269. No Brasil ocorreu exatamente o inverso, pois ao julgar o plano de assistência social instituído pela LOAS (Art. 20, § 3º, Lei 8.742/93), o Supremo Tribunal Federal aplicou uma variante intensa do teste da proporcionalidade, cuja consequência foi criar a possibilidade de o Governo ser obrigado a aumentar o valor de benefícios concedidos (RE 567.985/MT, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18 de abril de 2013). Tal possibilidade foi expressamente afastada pelo Tribunal Constitucional no julgamento do programa Hartz IV.

<sup>552</sup> Cf. item C.III.a. deste trabalho e, na literatura, por todos: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 559.

<sup>553</sup> A esse respeito, na literatura: Eckhard Pasche, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften”, p. 1039; Tor-Inge Harbo, “The function of the proportionality principle in EU Law”, p. 172.

<sup>554</sup> Isso justifica a visão de Aharon Barak, para quem há “uma semelhança significativa” entre a proporcionalidade e a razoabilidade, pois, a seu ver, ambos os testes tratam da comparação entre benefícios e

É necessário, assim, procurar outro caminho para a distinção de proporcionalidade e razoabilidade. Ele se apresenta quando os conceitos de excesso e suportabilidade são separados. Enquanto parâmetro de contenção de excessos de poder, a proporcionalidade visa conter o poder de intervenção exercido pelo Estado. Já a razoabilidade é vinculada à constatação da insuportabilidade dos efeitos decorrentes da medida interventiva em relação ao sujeito que suporta tais consequências normativas.<sup>555</sup> Não se trata, nesse último caso, de um limite absoluto ou fixo,<sup>556</sup> mas sim de um critério de avaliação distinto, centrado nos efeitos pessoais causados pela medida interventiva. Em outros termos, enquanto no teste da proporcionalidade a intervenção estatal no direito fundamental é avaliada em si mesma, a razoabilidade visa analisar se tal medida pode ou não ser suportada pelo destinatário da norma. Direcionadas ao mesmo fim, qual seja, conter medidas extremas do exercício do poder estatal, razoabilidade e proporcionalidade são, portanto, técnicas fundamentadas em critérios diferentes de avaliação. Mais do que uma diferença de técnicas de controle da atividade estatal distintas, há nessa distinção uma variação de perspectivas de análise.<sup>557</sup>

Um caso já comentado ilustra essa variação de perspectivas. Quando Orozimbo Nonato analisou os efeitos da instituição de um novo tributo sobre o patrimônio do contribuinte que suportava essa elevação da carga tributária, a perspectiva de sua análise não questionava se tal intervenção era ou não excessiva em relação ao direito fundamental restringido. Essa foi a perspectiva do juiz de primeira instância, que julgou o tributo inconstitucional por considerar que ele implicava uma ofensa à liberdade profissional. Em seu voto, Orozimbo Nonato questionou, ao contrário, se a elevação da carga tributária era a causa da situação de penúria apresentada pelo autor da demanda. Uma vez comprovado que tal relação de causa e efeito não existia, a medida foi considerada válida, por estar de

---

custos decorrentes da implementação de limites a direitos constitucionais (Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitation*, p. 378).

<sup>555</sup> Nessa linha, dentre outros: Fritz Ossenbühl, “Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab”, p. 321; Jörg Lücke, “Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit”, p. 770; Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 86 e ss; Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, p. 173.

<sup>556</sup> Dentre outros problemas, um parâmetro fixo de insuportabilidade da medida interventiva se identificaria com a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais. A esse respeito: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 243. Criticando a noção de parâmetro fixo e invariável de suportabilidade, por considerar que a avaliação concreta da intervenção estatal sempre exige a consideração dos valores em conflito: Reiner Dechling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 9 e ss. A relação entre as duas premissas não é necessária, pois o parâmetro utilizado pela técnica pode ser variável, sem que isso implique a consideração de valores que se encontrem em conflito. Nesse sentido, dentre outros: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 229 e ss.

<sup>557</sup> Cf. Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 122.

acordo com o parâmetro da razoabilidade.<sup>558</sup> O caso indica a origem da confusão das duas perspectivas na jurisprudência brasileira. Ligadas e identificadas, proporcionalidade e razoabilidade formaram um só teste, com base no qual se avalia, ao mesmo tempo, se a restrição é suportável ou excessiva. E negar a existência de um desses vícios implica, com base nessa orientação, afastar a possibilidade do segundo. Basta, contudo, perceber que tal comunhão não é necessária e que os testes podem ser avaliados com base em duas perspectivas e duas técnicas totalmente distintas, para se perceber que proporcionalidade e razoabilidade podem ser provas diferentes. Tal distinção traz, por outro lado, um efetivo ganho analítico e prático à análise dos limites da medida estatal interventiva, pois, como demonstra o caso, nem sempre a excessividade da intervenção no direito está acompanhada da insuportabilidade de seus efeitos.<sup>559</sup> E isso também explica por que o Supremo Tribunal Federal insiste em aplicar ambos os testes em conjunto: ao fazer isso, ele indica que a medida estatal restritiva não deve ser excessiva ou insuportável. Sob o ângulo da técnica de controle, isso quer dizer que a restrição normativa deve ser proporcional e razoável.

Uma vez que tal distinção seja aceita, não tem sentido afirmar ou questionar qual dessas técnicas oferece o maior grau de racionalidade argumentativa e o maior grau de segurança decisória.<sup>560</sup> Tal avaliação pressupõe que haja uma medida de comparação

---

<sup>558</sup> RE 18.331/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 21 de setembro de 1951.

<sup>559</sup> O exemplo de Jörg Lücke também ilustra a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Se um empreendedor quer construir um edifício ao custo de oitenta mil euros e a ele é imposta a obrigação de construir um estacionamento no local ao custo de cem mil euros, não é a obrigação, ou medida interventiva em si, que é excessiva, mas sim a relação de seu custo com o valor do empreendimento planejado. Nesse caso, portanto, não é a medida em si que é excessiva. Ela simplesmente torna o empreendimento inviável e é, assim, uma medida insuportável ao seu destinatário (Jörg Lücke, “Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit”, p. 770). Utilizando o mesmo exemplo: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 229. Rainer Dechsling se insurge contra tal exemplo afirmando que ele desconsidera que a proteção ampla dos direitos fundamentais abarca quaisquer situações relacionadas ao exercício do direito afetado. Nesse caso, a proporcionalidade também seria a técnica adequada para avaliar a qualidade de tal situação. Tal argumentação não pode ser aceita, pois, como foi antes dito, a distinção teórica entre suporte fático amplo e restrito não pode ter efeitos dogmáticos diretos e imediatos. Dizer que a proteção do direito fundamental é ampla para disso retirar a conclusão da distinção dogmática entre proporcionalidade e razoabilidade é, portanto, inverter a ordem de premissas que devem guiar a avaliação da aplicação dos direitos fundamentais: não é o pressuposto teórico que determina o sentido da técnica aplicada, mas sim a própria aplicação das técnicas, no caso, proporcionalidade e razoabilidade, que devem ser explicitadas e descritas por hipóteses e argumentações teóricas. E querer que a teoria determine todas as características da prática, até mesmo quando os parâmetros e técnicas de controle normativo são dirigidos a finalidades diversas e cumprem papéis distintos no processo de aferição de validade de atos restritivos de direitos, é o primeiro passo para a uniformização de todo o arsenal de conceitos da dogmática jurídica do que resulta a generalização e a perda dos contornos técnicos da própria técnica aplicada. É, portanto, o primeiro passo para a universalização e a dissolução do sentido dogmático da proporcionalidade.

<sup>560</sup> Questões essas levantadas, dentre outros, por: Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 188 e ss.; e Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 30. Ambos chegam à conclusão de que a proporcionalidade é um critério mais seguro do ponto de vista argumentativo que a razoabilidade.



comum às perspectivas de análise contidas nos testes da proporcionalidade e razoabilidade. Mas, se tal perspectiva de avaliação superior e comum existisse, ela substituiria a função das duas provas e tornaria ambas irrelevantes. Isso não quer dizer, contudo, que elas não possam ser integradas no mesmo procedimento argumentativo. Ao contrário, por estarem ambas ligadas pela finalidade de contenção do poder, elas podem ser aplicadas de forma sucessiva ou alternativa, após a comprovação da adequação da medida restritiva. A razoabilidade se torna então mais um componente da prova da proporcionalidade em sentido amplo e convive, lado a lado, com os testes da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>561</sup>

O fator que diferencia tais componentes da prova geral se encontra na função específica, por cada um deles cumprida, na busca da contenção de abusos no exercício do poder estatal. Separados em suas funções e perspectivas específicas, eles podem ser somados e integrados, em busca da mesma finalidade: a contenção do poder estatal. Enfim, o que antes era uma estrutura fixa e invariável se mostra agora como uma prova com muitas possibilidades e caminhos de análise. Seu único requisito básico de aplicação é a confirmação da adequação da medida. Em sentido processual, essa é a condição de procedibilidade da prova. Mas, uma vez confirmado que a medida interventiva é adequada aos fins buscados pelo legislador, ou administrador, três possibilidades de análise são imediatamente abertas: necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, não obrigatoriamente nessa ordem.

A depender do modo de controle, do parâmetro constitucional avaliado, da medida restritiva e da situação do afetado, tais testes podem ocorrer. Haverá casos, contudo, em que alguns deles são admissíveis, outros não. Medidas legislativas de caráter geral, avaliadas em demandas de controle do modo principal e abstrato, serão, em princípio, incompatíveis com a análise específica da suportabilidade dos efeitos das obrigações criadas pelas normas questionadas.<sup>562</sup> Nessas hipóteses, não será, em regra, admissível a

---

<sup>561</sup> De forma semelhante, integrando a razoabilidade no teste geral da proporcionalidade: Detlef Merten, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, p. 538; Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 136; Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 126; Fritz Ossenbühl, “Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab”, p. 325. Na jurisprudência: BVerfGE 109, 64 - *Altergrenze für Hebammen*. Comentando tal precedente e a distinção nele apresentada entre proporcionalidade e razoabilidade: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 17 e ss. Crítico quanto à possibilidade de distinguir os testes da proporcionalidade e razoabilidade no sentido aqui apresentado: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 452.

<sup>562</sup> Para uma análise comparativa das diferentes classificações das vias de controle de constitucionalidade: Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 65 e ss. Para uma exposição das características e origens históricas

aplicação do teste da razoabilidade. Se, contudo, da demanda de controle abstrata decorrem consequências concretas e essas são questionadas por quem seja afetado pela medida restritiva, a razoabilidade volta a ser um parâmetro de controle aplicável na avaliação dos efeitos, não mais da lei ou ato normativo em si mesmos, mas da decisão que afere a constitucionalidade da norma questionada.<sup>563</sup> Quando, por outro lado, o modo de controle é incidental e difuso com efeitos concretos,<sup>564</sup> a proporcionalidade em sentido estrito pode ceder espaço à aplicação da razoabilidade, pois, nessa hipótese, a perspectiva de análise poderá ser, mas não necessariamente será, a capacidade de o indivíduo suportar os efeitos dos deveres e obrigações criados pela medida restritiva. Mas, em nenhuma dessas hipóteses haverá a identificação desses testes, que permanecem aptos a avaliar, cada um de sua forma e com suas peculiaridades, a validade e os limites da ação intervertida da autoridade estatal. Dito isso, é possível agora analisar problemas e questões específicas dos demais componentes da proporcionalidade em sentido amplo. É o que se faz a seguir, com a ressalva da análise da razoabilidade, que já foi apresentada neste item.

---

de tais vias de controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, p. 250 e ss; Dimitri Dimoulis/ Soraya Lunardi, *Curso de processo constitucional*, p. 66 e ss.

<sup>563</sup> O Supremo Tribunal Federal tem realizado a análise dos efeitos de decisões declaratórias de constitucionalidade proferidas em demandas de controle principal e abstrato, sobretudo quando o questionamento desses efeitos ocorre em reclamações constitucionais. Na jurisprudência reiterada, nesse sentido: Rel 1132/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 23 de março de 2000. Acerca dos problemas processuais causados por essa admissão: Lucas Catib de Laurentiis, “Efeitos do julgamento e coisa julgada em ações declaratórias de constitucionalidade: ativismo judicial não declarado”, in: José Levi Mello do Amaral Júnior. (Org.), *Estado de direito e ativismo judicial: Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 177-197.

<sup>564</sup> No Brasil, sob o ângulo da competência para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, o sistema é difuso, pois todo órgão investido de jurisdição tem automaticamente competência para sancionar eventuais vícios decorrentes da incompatibilidade com parâmetros constitucionais. Já no que tange ao aspecto modal, ou seja, quando o foco da análise é a modalidade do instrumento processual de controle de constitucionalidade, o sistema brasileiro apresenta duas vias distintas: a incidental e a principal. No primeiro caso, a constitucionalidade é uma questão incidente, ou seja, uma preliminar lógica do julgamento do pedido deduzido em lides concretas. Na segunda hipótese, ela constitui o próprio objeto da ação: a declaração da inconstitucionalidade da norma discutida integra, então, o pedido da demanda. A concentração da competência de controle só existe para a declaração de inconstitucionalidade principal. Todas as hipóteses de controle incidental são de competência difusa. Problemático é o caso do controle de constitucionalidade realizado em representações interventivas, que, para alguns, também é uma via concentrada de controle concreta e incidental (Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 348 e ss.; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 95 e ss.); para outros, é um instrumento de controle político, que, por isso, não pode ser classificado como uma via de fiscalização concentrada (Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, p. 424; Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 40).

### III. Adequação da medida restritiva

#### a. Características e questões da prova

Entendido como primeiro passo de uma prova escalonada e estruturada para, progressivamente, atingir o maior grau de racionalidade argumentativa possível, o teste da adequação tem uma função lateral e secundária na composição geral da proporcionalidade. Com o objetivo de eliminar desvios evidentes na relação entre meio e fim, tal teste afastaria somente as medidas que não têm qualquer potencialidade de fomentar a finalidade visada.<sup>565</sup> Bastaria, assim, que se verificasse uma relação de causa e efeito entre a situação inicial, alterada pela medida legislativa, e a finalidade perseguida pela autoridade que realiza a intervenção, para que o requisito da prova da adequação fosse satisfeito.<sup>566</sup> Buscar ou fomentar, mesmo que parcialmente, tal finalidade, significa assim cumprir o requisito básico do teste da adequação.<sup>567</sup> Para tanto, não importa qual a extensão ou a qualidade dos efeitos da medida em relação à finalidade pretendida. Eles podem ser gerais ou específicos, abstratos ou concretos, previsíveis ou improváveis, de duração efêmera ou duradoura.<sup>568</sup> Em todos esses casos, a medida estatal será adequada. Afinal, a autoridade democraticamente eleita detém a competência para intervir no conteúdo protegido por direitos, o que só poderia ser afastado em situações graves, em que a violação do direito se mostra evidente.<sup>569</sup> Seria também apressado antecipar a análise das consequências que podem ser tiradas do terceiro passo da prova da proporcionalidade em sentido amplo, pois o imperativo de racionalidade argumentativa exigia que a medida

---

<sup>565</sup> Dentre outros, nessa linha: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 54; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 60; Detlef Merten, “Verhältnismässigkeitsgrundsatz”, p. 553; Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 68; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 730; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 170; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 74; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 170; Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 156; Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 150.

<sup>566</sup> Com essa observação: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 193.

<sup>567</sup> Cf. na literatura: Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1603; Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 305.

<sup>568</sup> Para os diferentes critérios de aferição da adequação da medida restritiva: Ulrich Zimmerli, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht*, Diss., Universität Bern, 1978, p. 13; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 57.

<sup>569</sup> Nessa linha: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 69.

interventiva fosse analisada em todos os níveis da prova.<sup>570</sup> Adequação é, nesse sentido, uma avaliação puramente fática, desprovida de qualquer parâmetro de orientação jurídico. Fraco, o teste é, dessa forma, colocado no segundo plano, para não dizer no plano zero de eficácia, da prova da proporcionalidade.<sup>571</sup>

Se essa for a orientação a ser seguida, a adequação não tem nenhuma importância dogmática, pois todas as suas funções podem ser substituídas pelos testes seguintes: uma medida inadequada será, automaticamente, uma medida desnecessária, pois o meio que não tem finalidade alguma dificilmente tem alguma necessidade. Até porque vincular o teste da adequação à simples intenção do Legislador ou autoridade pública de alcançar o fim por ele perseguido sem exigir nenhuma comprovação fática e sem apresentar nenhum critério para essa prova, significa abdicar de toda e qualquer efetividade da prova, pois a aprovação de uma norma já traz consigo um propósito, mesmo que indeterminado ou abstrato, de atingir uma finalidade.<sup>572</sup> Para que a estrutura da prova da proporcionalidade seja mais simples e, com isso, inteligível, seria preferível simplesmente eliminar a adequação e questionar, diretamente, se a medida restritiva ao conteúdo do direito fundamental é necessária e proporcional em sentido estrito. Sem contornos específicos ou uma função determinada, a adequação não seria nada além de um passo preparatório e sem efeitos do teste efetivo da proporcionalidade, que se encontra nos testes seguintes. Mas, como foi antes observado, não é essa a orientação aqui defendida. Integrada com a legitimidade de meios e fins, a adequação foi apresentada como um teste preliminar com contornos jurídicos e finalidade dogmaticamente definidos. Resta agora expor quais as características e os efeitos dessa reconfiguração do teste da adequação.

---

<sup>570</sup> Cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 729. Sustentando tal conclusão com base na noção de princípios formais e na competência do legislador para, em princípio, intervir em direitos fundamentais: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, p. 72. Esse argumento é particularmente problemático, pois insere a noção de princípio formal no interior da estrutura da prova da proporcionalidade. Se for assim, não só os direitos, mas os próprios testes que compõem a proporcionalidade seriam relativizados em função da ponderação concreta entre princípios formais ou entre princípios formais e princípios materiais, conforme a variante da tese da teoria dos princípios que se adote. Seria, então, necessário ponderar e, portanto, aplicar o teste da proporcionalidade sobre ele mesmo e assim ao infinito, pois a proporcionalidade de segundo grau, nesse caso utilizada, também seria composta por três testes, dentre eles, a adequação.

<sup>571</sup> A variante “forte” do teste da adequação, que se opõe ao teste “fraco ou débil”, exige que todos os aspectos da finalidade almejada sejam atingidos. Nessa linha, analisando a jurisprudência do Tribunal constitucional espanhol e afirmando que ela se inclina para a aplicação de um teste “forte”: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 725.

<sup>572</sup> Nesse sentido: Artur Wolffers, “Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit”, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Bd. 113, n. 7 (1977): 297-313, p. 304; Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, p. 28.

## b. Proposta de reconstrução

Atribuir conteúdo e funcionalidade ao teste da adequação é tarefa que pressupõe a redefinição de sua relação com os demais elementos da prova geral da proporcionalidade. A premissa básica, que guia esse percurso, já foi apresentada em itens anteriores: nenhum dos elementos ou componentes da prova geral da proporcionalidade é, em si mesmo, mais ou menos racional que os outros. Desde que os argumentos e constatações que sustentam a declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva em razão de sua inadequação sejam apresentados com clareza e coerência, é indiferente que se chegue a essa conclusão no primeiro ou no último passo do teste proporcionalidade.<sup>573</sup> Não há sentido, assim, em se defender a liberdade de conformação do Legislador para instituir fins e criar meios que os fomentem, quando, no último estágio da prova, se insere a ponderação de princípios e valores, que potencialmente anula o pressuposto que guiou a aplicação da adequação.

Enquanto instrumento dogmático, a adequação se comporta como toda e qualquer prova jurídica: seu conteúdo e intensidade são determinados pelo conteúdo dos parâmetros normativos e do procedimento nos quais ela é aplicada.<sup>574</sup> A primeira variável que afeta a configuração desse teste é a abstração, ou concreção, da finalidade almejada pela atividade interventiva. Fins amplos e abstratos abrem espaço para que uma grande variedade de meios seja considerada adequada. O contrário ocorre com o fomento de finalidades concretas e determinadas, que impõem a demonstração da relação empírica entre o meio realizado e o fim almejado e, com isso, limitam a gama de medidas adequadas possíveis. A primeira tarefa da adequação é, nesse sentido, filtrar extremos, pois tanto fins completamente amplos, como a busca do bem comum, quanto os excessivamente concretos excluem a possibilidade de aplicação da proporcionalidade.<sup>575</sup> Os primeiros, por inverterem a relação de precedência entre a garantia da liberdade e o exercício do poder.

---

<sup>573</sup> Justamente por isso, Peter Hogg observou que a intensidade atribuída pela jurisprudência canadense ao teste da adequação torna a análise da proporcionalidade em sentido estrito desnecessária: Cf. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 828.

<sup>574</sup> Similarmente: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 62.

<sup>575</sup> Observando que a aplicação da prova da proporcionalidade exige a determinação da finalidade perseguida pela medida restritiva: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 206; Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 189; Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 48. Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 193. De maneira similar, sustentando que a abstração de finalidades é a porta de entrada para que arbitrariedades sejam justificadas pela prova: Baak Çali, “Balancing Human Rights?”, p. 265.

Os segundos, porque a determinação completa da finalidade a ser perseguida pelo poder Público faz da atividade normativa um ato de execução de um comando normativo único e vinculante, com conteúdo pré-determinado.<sup>576</sup> Em ambos os casos, a proporcionalidade perde sua função de defesa contra atos excessivos do poder público. Na primeira hipótese, porque não há parâmetros para avaliar a proteção; na segunda, porque o ato vinculado não pode, por definição, ser excessivo. Como autêntico critério normativo, a adequação exige, portanto, que a medida restritiva esteja vinculada a parâmetros e finalidades tão amplas quanto necessário para a aplicação da proporcionalidade, mas não tão específicas a ponto de anular sua função.

Tal distinção tem reflexo direto no plano institucional e na sistemática de controle de constitucionalidade. Vinculados a parâmetros normativos distintos, com diferentes graus de concreção e determinação, Executivo e Legislativo são afetados de forma distinta pelo teste da adequação. A atividade de execução da lei, realizada pelos órgãos que compõem a administração pública, deve prioritariamente visar à realização das finalidades fixadas e definidas em lei.<sup>577</sup> Só excepcionalmente, quando, em razão de afronta ao texto constitucional, a norma infraconstitucional for declarada inconstitucional<sup>578</sup> ou, então, quando a Constituição se dirigir diretamente à atividade realizada pela administração pública, será possível uma vinculação direta entre medidas administrativas e finalidades constitucionais. Não se deve confundir, nesse ponto, a questão da vinculação da atividade administrativa às finalidades legais ou constitucionais com o controle de tal atividade em razão da intervenção no conteúdo de direitos fundamentais. Tanto o Executivo quanto o Legislador estão igualmente vinculados aos direitos fundamentais, que são parâmetros de proteção dos indivíduos contra o exercício do poder estatal. A questão aqui tratada diz respeito ao grau de liberdade que essas instâncias detêm em sua atividade interventiva. E uma vez que a função da lei é especificar e concretizar normas constitucionais, a atividade

---

<sup>576</sup> Afirmando que a aplicação da proporcionalidade pressupõe a multiplicidade de fins e medidas legítimos, que possam ser escolhidos pela autoridade que realiza a intervenção: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 44. Similar, relacionando proporcionalidade e contenção da discricionariedade administrativa: Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 60.

<sup>577</sup> Nesse sentido, afirmando que a Administração pública está proibida de criar direitos ou deveres sem fundamentação legal: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 65.

<sup>578</sup> Para uma avaliação crítica da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas e atos normativos por órgãos integrantes da Administração pública: Lucas Catib De Laurentiis, “Entre lei e constituição: a Administração pública e o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro”, *RDA*, v. 260 (2012): 133-166.

administrativa, que deve executar os parâmetros legais, está em princípio vinculada de forma mais intensa e concreta à finalidade fixada em lei.

Bernhard Schlink generalizou essa conclusão, afirmando que, enquanto o Legislador é livre para escolher o meio que melhor se adéque à finalidade constitucional e pode, portanto, optar entre os graus de fomento que lhe pareçam ser mais adequados, o administrador está *a priori* vinculado ao fim legal e deve realizá-lo em sua completude.<sup>579</sup> Essa não parece ser uma conclusão necessária, pois a legislação pode atribuir ao administrador margens de escolha tanto em relação aos fins quanto ao nível exigido de realização de tais parâmetros. Realmente, esses são âmbitos de ação mais estreitos que o desfrutado pelo Legislador, que pode eleger todo e qualquer fim, desde que não proibido pela Constituição, mas não deixam de ser margens de ação possíveis, sem as quais a própria prova da proporcionalidade perde sentido. De toda forma, quando o administrador indicar que a realização da finalidade por ele elegida é o fundamento e o motivo determinante da intervenção no conteúdo do direito fundamental, ele abdica da margem de ação conferida pela lei e vincula a validade de seus atos ao atingimento, não ao mero fomento, do fim do ato administrativo.

Certo é que, em virtude da maior concreção dos parâmetros legais que vinculam o administrador público, o teste da adequação deve ser aplicado com maior intensidade no controle da atividade administrativa, sem que isso implique a eliminação da margem de discricionariedade do administrador. Nos casos de controle da execução de lei orçamentária, que, em âmbito nacional, é realizado pelo Congresso com o auxílio de Tribunais de Contas, e a fiscalização da execução e universalização de serviços públicos essenciais, por exemplo, a atividade administrativa se encontra diretamente vinculada às finalidades estabelecidas em lei. Não atingir a finalidade exigida pela legislação representa, nesses casos, uma violação da relação entre meio e fim, o que ocasionará a invalidação do ato administrativo em função de sua inadequação.<sup>580</sup>

---

<sup>579</sup> Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 450.

<sup>580</sup> Na dogmática do direito administrativo, convencionou-se chamar esses casos de “violação do princípio da eficiência” em virtude de previsão constitucional de tal “princípio” (art. 37, CF/1988). Um exemplo de tal hipótese de invalidação de normas não adequadas a fomentar a finalidade a que estão vinculadas pode ser encontrado na Lei Geral de Telecomunicações, que, em seu artigo 2º, afirma ser dever do Estado estimular a expansão do uso de redes de telecomunicação. Não se exige, como se percebe, a universalização geral e imediata do serviço. Mas, caso a administração pública não estimule a expansão do serviço, haverá violação da relação de meio e fim. Para aferir o cumprimento desses deveres será, contudo, necessário que o controle exercido por agências fiscalizadoras sobre a expansão e universalização da prestação de serviços públicos essenciais seja guiado por parâmetros objetivos. Tais parâmetros são encontrados nos contratos de concessão

No que diz respeito ao modo de controle, a avaliação da efetividade da relação entre meios e fins apresenta duas peculiaridades. A primeira diz respeito à possibilidade de reavaliação e possível inversão da adequação geral e abstrata de uma norma restritiva. Caberá ao afetado pela medida interventiva comprovar, nesse caso, que, consideradas as peculiaridades de sua situação, a relação de meio e fim, que em abstrato foi considerada válida, não é adequada. A variação ocorre em relação ao nível de concreção exigido para que a medida seja considerada adequada, pois, para que se comprove a validade da medida interventiva em um processo de controle de constitucionalidade concreto e incidental, se exige a comprovação do fomento concreto do fim visado pelo Legislador.<sup>581</sup> Fins gerais que não podem ser especificados como fatores de legitimação da intervenção concreta analisada na demanda incidental são, afinal, fins estranhos a essa discussão, pois, em tal processo de controle, não interessa saber se a norma é válida e legítima em si mesma e em todos os seus sentidos possíveis. O objetivo é, nesse caso, saber se a aplicação concreta da lei é legítima e, para isso, é necessário concretizar o sentido de fins e meios e também saber qual a relação, igualmente concreta e específica, que pode legitimar a intervenção legislativa.<sup>582</sup> Os efeitos da não comprovação da adequação serão, contudo, específicos para o caso julgado e não afetarão a validade geral da norma questionada. Será, portanto, um caso de nulidade parcial sem redução de texto.<sup>583</sup>

Questão relacionada a esta última está na possível limitação das finalidades que podem justificar a intervenção legislativa. Como foi observado, quanto maior a abstração e a generalidade do fim perseguido, menores serão as exigências do teste da adequação, mas, por outro lado, maiores serão as exigências dos testes subsequentes.<sup>584</sup> No limite, quando

---

de serviços públicos. Trabalhando com metas e planos que devem ser obrigatoriamente implementados, os concessionários das atividades concedidas podem intervir em direitos ou liberdades individuais. Caso se comprove, contudo, que tais atos não contribuíram efetivamente ao atingimento da finalidade a que se encontram vinculados, a validade dos atos em questão poderá ser questionada. O resultado disso pode ser a invalidação do ato administrativo questionado ou a imposição de multas ou obrigações de ressarcir danos causados pela atividade pública.

<sup>581</sup> Nessa linha: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 190.

<sup>582</sup> Com argumentação similar, mas no contexto da distinção entre interpretação conforme a Constituição e nulidade parcial sem redução de texto: Hans Paul Prümmer, *Verfassung und Methodik*, Berlin, Duncker und Humblot, 1977, p. 97; Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 73.

<sup>583</sup> Para as diferentes propostas de distinção entre as técnicas interpretativas de controle, dentre elas, a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto: Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional*, Coimbra Editora, 2005, t. II., p. 251 e ss.

<sup>584</sup> Afirmando que a expansão da generalidade dos fins torna improvável, no limite, impossível, a comprovação da validade das medidas restritivas de direitos fundamentais: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 204. Similar: Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision*, p. 129.



finalidade e medida interventiva são amplas e gerais a ponto de tornarem excepcional o exercício da liberdade, a própria indeterminação da restrição faz a medida que a concretiza ser inválida.<sup>585</sup> Mas há um limite adicional à determinação das possibilidades de fomento que justificam a medida restritiva. Ele se apresenta com a observação de que, muitas vezes, não basta eleger uma finalidade qualquer que justifique a intervenção legislativa. É preciso que tal elemento de justificação tenha, ele mesmo, um sentido prático e dogmático.<sup>586</sup> Caso contrário, o teste da adequação se converte em um exercício de imaginação, em que fantasias criadas pelo autor da medida restritiva são avaliados como argumentos de justificação da intervenção no direito fundamental.

As consequências disso para a proporcionalidade e para o exercício da jurisdição constitucional são desastrosas. Voltado e direcionado à identificação do sentido prático e concreto da prova, o modelo dogmático da proporcionalidade é incompatível com especulações vazias e imaginárias. Introduzir tais elementos no teste da adequação anularia então todo o esforço de reconstrução e realinhamento da proporcionalidade, pois ela se tornaria, novamente, um procedimento argumentativo vazio de conteúdo. A jurisdição constitucional, por seu turno, estaria mais uma vez exposta a especulações e generalizações sem relevância prática ou dogmática. Os juízes constitucionais avaliariam se finalidades irreais podem ser atingidas por graus de fomento igualmente imaginários. Às voltas com tais fantasmas, seus argumentos seriam meras especulações vazias que concebem fins e meios como se estes fossem moinhos de vento.<sup>587</sup>

Combater essas generalizações exige a determinação dos sentidos e fins possíveis que possam servir de parâmetro para a aferição da adequação da medida restritiva. Para tanto, uma proposta é utilizada, em outro contexto, pela jurisprudência italiana. Com base

---

<sup>585</sup> Foi o que ocorreu no julgamento da constitucionalidade do art. 28, §1º, da Lei n. 12.663/2012 (Geral da Copa), dispositivo que condiciona o exercício da liberdade de expressão e do direito de manifestação à defesa da dignidade humana. Envolto no discurso da ponderação e afirmando que não existe direito absoluto, o Supremo Tribunal Federal não viu no julgamento da ação direta que questionava a validade de tal dispositivo que a dignidade humana pode ser interpretada como o ponto de convergência de todos os demais direitos fundamentais e é, portanto, ao mesmo tempo, o direito mais elementar e também o mais abstrato reconhecido pela Constituição. Se é assim, condicionar um direito à defesa da dignidade, que, nesse caso, se torna a justificativa do exercício do Poder público, não é só inverter a ordem de precedência entre liberdade e autoridade. É também anular todo o sentido prático dos direitos restringidos. Assim, mesmo em um contexto de argumentação principiológico, tal dispositivo dificilmente seria compatível com a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para os argumentos que sustentaram a constitucionalidade de tal norma: ADI-MC 5136/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º de julho de 2014.

<sup>586</sup> De maneira similar: Denise Réaume, *Limitations on Constitutional rights*, p. 20.

<sup>587</sup> Nessa linha, afirmando que o tribunal que tenha de considerar todos os sentidos e justificativas de uma norma, não faria nada além de buscar sentidos irreais, como se eles fossem moinhos de vento: Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Mulino, 1984, p. 284.

na noção de direito vivente, os tribunais desse país limitaram os sentidos possíveis de uma lei impugnada em sua constitucionalidade. Só os sentidos aplicados ou potencialmente aplicáveis pelos tribunais que analisam a norma questionada podem ser questionados perante o órgão incumbido de aplicar a sanção de inconstitucionalidade.<sup>588</sup> De forma similar, esse limite dogmático pode ser utilizado para restringir as possíveis finalidades e os respectivos graus de fomento que podem justificar a validade da norma questionada.

Quando e na medida em que tais fins e a relação de fomento deles com os meios restritivos forem considerados fatores de justificação pela jurisprudência dos tribunais, não será mais necessário ao poder público comprovar tal relação entre meios e fins. Ela será uma relação pressuposta, mesmo que os fins e meios utilizados sejam gerais e abstratos.<sup>589</sup> Caso contrário, ou seja, caso tal relação não seja reconhecida pelo direito vivente, ela deverá ser comprovada pelo autor da intervenção. Dessa forma, a autoridade que pretenda justificar a validade de uma medida restritiva terá duas escolhas possíveis: ou procura no direito vivente o sentido da finalidade que possa salvar a medida por ela criada, ou, então, apresenta provas e argumentos concretos que indiquem o fomento efetivo da finalidade perseguida. Uma saída para afastar tal justificação seria comprovar que a relação entre meios e fins reconhecida como válida pelo direito vivente é, ela mesma, inaceitável ou inaplicável. Mas pesa sobre a parte que pretenda afastar tal presunção o ônus de comprovar se e por que o sentido da relação entre meios e fins reconhecida como válida pelos tribunais não deve ser aplicada. O que não é possível admitir é a justificação de medidas restritivas de direitos fundamentais com base em argumentos abstratos e gerais, que não tenham nenhuma relação com o direito praticado pelos tribunais.

Enfim, duas questões. A primeira diz respeito ao critério de identificação da finalidade a ser fomentada pela medida restritiva. Há duas orientações a esse respeito. Compete ao autor da intervenção, diz a primeira linha argumentativa, definir o fim a ser perseguido e, conseqüentemente, o respectivo grau de fomento de tal finalidade.<sup>590</sup> A tese

---

<sup>588</sup> A esse respeito: Karl August Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung*, Heidelberg: Müller, 1986, p. 36; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 406; Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 117 e ss.

<sup>589</sup> Com argumentação similar, aplicada à análise de um precedente do Supremo Tribunal Federal: Guilherme Forma Klafke/ Lucas Catib De Laurentiis, “Interpretação conforme a Constituição do art. 33, §2º da Lei de Drogas: trivialização de um conceito?”, in: Robério Nunes dos Anjos Filho, *STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos*, Salvador, Juspodvim, 2013, p. 193-232.

<sup>590</sup> Orientada pela interpretação da intenção do autor da medida restritiva e com fundamento no argumento de que a desconsideração de tal parâmetro de orientação causaria a instabilidade da interpretação das normas constitucionais, a jurisprudência canadense adota essa visão e, com isso, considera inadequadas medidas que

contrária afirma que não importa a intenção original do autor da medida restritiva, pois o critério que deve guiar a interpretação judicial é extraído do conteúdo positivado da norma analisada.<sup>591</sup> Separadas, nenhuma dessas orientações pode guiar o teste da adequação. Primeiro porque a intenção do Legislador, ou do autor da medida restritiva, não contém o poder de, sozinha, determinar o sentido normativo ou a finalidade da norma analisada no processo de controle de constitucionalidade. Segundo, porque desconsiderar a intenção do autor da intervenção normativa possibilita a substituição da função de criação do direito pelo órgão encarregado do controle de sua aplicação.

Correto, portanto, é adotar um teste que combine as duas orientações: tanto a intenção do autor da medida quanto o sentido objetivo da norma controlada guiam a análise do teste da adequação.<sup>592</sup> Dessa forma, os critérios de interpretação do sentido normativo da medida restritiva podem convergir e atuar concomitantemente ou então ter aplicação independente, em função da evidência, ou presença, da intenção original que norteou a medida. A primeira hipótese ocorre se a interpretação objetiva da medida indicar uma finalidade idêntica àquela desejada pelo autor da norma analisada. Nesse caso, os critérios são somados e, reforçados, servem ambos de parâmetro para a avaliação do fomento realizado pela intervenção. Se, por outro lado, os critérios forem divergentes, prevalecerá, tanto quando possível, a intenção original do legislador, que é a fonte originária do sentido da medida restritiva. Com isso, são preservadas as funções de controle e criação do direito, e a prova da proporcionalidade é orientada pelo critério mais seguro de aplicação: a intenção do autor da medida restritiva indica a finalidade perseguida pela intervenção e a relação entre meio e fim. Se, todavia, tal intenção não for clara, seja porque o próprio autor agiu em situação de incerteza ou, então, porque, com o transcorrer

---

não fomentem os fins originariamente almejados pelo Legislador. Na jurisprudência: *R. vs. Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295. A esse respeito, na literatura: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 811.

<sup>591</sup> Critério que prevalece na jurisprudência sul-africana, em que se admite a atualização da intenção original do autor da medida interventiva em função das circunstâncias de sua aplicação. Nessa linha: *Mosenneke vs. The Master*, 2001 (2) SA 18 (CC). Na literatura constitucional, nesse mesmo sentido e afirmando que o sentido histórico da medida legislativa não pode ser, sozinho, o motivo determinante do sentido da norma interpretada: Wolfrang Cremer, “Rechtfertigung legislativer Eingriffe in Grundrechte des Grundgesetzes und Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Maßgabe objektiver Zwecke”, *NVwZ* (2004): 668-674, p. 672. No mesmo sentido, mas argumentando que seria um desperdício de energia anular uma norma simplesmente porque ela não se mostra adequada à sua finalidade original: Julian Rivers, “Proportionality and variable intensity of review”, p. 196.

<sup>592</sup> Nessa linha, defendendo a utilização de um teste combinado para a aferição da finalidade e da adequação entre meios e fins: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 298; Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 209. De modo similar, mas com relação à identificação dos limites da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição: Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 133 e ss.

do tempo, tal parâmetro deixou de ser um indicativo seguro do direcionamento da norma controlada, em todas essas situações será necessário recorrer ao sentido objetivo da medida avaliada. Nessa última hipótese, volta a ter relevância a limitação dos sentidos possíveis aplicados pela jurisprudência constante dos tribunais. O órgão de controle deverá, também nesse caso, prestigiar o sentido atribuído à norma pela prática dos tribunais. Caso contrário, ele não será só o guardião da Constituição, mas também o intérprete autêntico de toda a legislação infraconstitucional. Será uma superinstância de controle, que substitui a função de todos os demais órgãos jurisdicionais.<sup>593</sup>

Isso leva à consideração do segundo critério da aferição do sentido da finalidade da ação interventiva: o momento temporal que determina o grau de adequação da medida. Aqui também há duas orientações possíveis. Primeiro, é possível adotar como critério o momento da criação da norma. Se, nesse momento, a medida interventiva podia ser considerada adequada, o teste se dará por satisfeito. Impropriamente denominado pela literatura constitucional de *ex ante*, tal critério se opõe ao critério *ex post*, que, por sua vez, leva em consideração a data do julgamento da medida restritiva para avaliar se a norma controlada é ou não adequada. A depender do critério adotado, o teste da adequação se dirigiria, portanto, à análise dos prognósticos existentes na data da promulgação da lei, ou ato normativo, restritivo do conteúdo protegido dos direitos fundamentais, ou então à data do julgamento da constitucionalidade de tal intervenção. Além de ser teoricamente imprecisa,<sup>594</sup> tal distinção não tem utilidade prática, pois o que importa para o teste da

---

<sup>593</sup> Apontando tal perigo na aplicação descontrolada e sem parâmetros dogmáticos da proporcionalidade: Fritz Ossenbühl, “Abwägung im Verfassungsrecht”, p. 911. No mesmo sentido: Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 183. Na jurisprudência: BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*.

<sup>594</sup> Literalmente *ex ante* significa “antes do evento”. Ocorre que, se o que se analisa é a norma restritiva, o momento de sua criação não pode ser considerado como anterior a ela mesma. Por isso, só a pressuposição de que o momento de aferição da constitucionalidade da norma é o ponto de referência da classificação em questão poderia justificar tal denominação. Contudo, se for assim, não tem sentido dizer, como faz essa mesma classificação, que a avaliação da adequação da medida restritiva com base no momento do julgamento segue o modelo *ex post*, ou seja, “posterior ao evento”, pois, nesse caso, o critério de classificação volta a ser a data da criação da medida restritiva. Problema similar é encontrado na denominação, igualmente problemática, dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade das leis. A esse respeito afirma-se, com frequência, que tal efeito é retroativo, quando, na verdade, ele é prospectivo, pois o ponto de referência é a data da criação da norma inconstitucional. Utilizando a denominação aqui criticada quanto ao momento da avaliação da adequação de medidas ou normas restritivas: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 63; Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 53; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 735; Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 159. Com relação à denominação dos sentidos temporais da decisão de declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, apontando para a incorreção aqui indicada: Elival da Silva Ramos, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 87; Roberto Dias/ Lucas Catib De Laurentiis, “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal - modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade”, p. 210.

adequação não é a data da avaliação da relação entre meio e fim, mas sim a existência ou não de fatos e hipóteses que possam comprovar que a implementação da medida estatal altera a situação anterior, de forma que algum dos aspectos da finalidade perseguida pelo Estado seja realizado.<sup>595</sup> Essa relação objetiva, que pode ser denominada fomento,<sup>596</sup> desde que se tenha em mente que a opinião subjetiva do autor da medida ou a mera potencialidade de atingir a finalidade por ele perseguida não são fatores suficientes para sustentar a adequação da norma questionada, poderá existir no momento da promulgação da lei e deixar de existir durante sua vigência. Nesse caso, negar a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade posterior da medida interventiva é negar vigência à própria Constituição.<sup>597</sup> Mas, ao mesmo tempo, não se pode negar que, na data da promulgação da lei ou ato normativo interventivo, as prognoses que se encontravam à disposição da autoridade eram comprovadas e o ato, constitucional.

A peculiaridade desse caso está na variação dos sentidos dos fundamentos de justificação do meio implementado. Prognoses e hipóteses de realização de finalidades perseguidas pelo Poder público podem, em um momento, ser comprovadas, em outro, não. Para solucionar essa situação, basta considerar que a norma questionada também tem sentidos variáveis em função do tempo e de seus elementos de justificação. Assim, a norma que, ao tempo de sua promulgação era adequada, tem seu sentido e conteúdo alterados quando, no decorrer do tempo, seus elementos de justificação são alterados. E quando de tais mudanças de sentido resulta a conclusão de que a norma questionada não é mais adequada, a sanção de inconstitucionalidade será dirigida à norma existente ao tempo da decisão, que surgiu em algum momento entre a promulgação da medida avaliada e o julgamento de sua constitucionalidade.<sup>598</sup> Não se trata aqui, portanto, de uma decisão de modulação temporal de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas sim da declaração,

---

<sup>595</sup> Cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 193.

<sup>596</sup> Insistindo em denominar tal relação de “fomento”, para, com isso, afastar a visão de que a finalidade tem de ser alcançada em sua totalidade, mas sem especificar o sentido técnico de tal expressão: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 36.

<sup>597</sup> Nessa linha: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 573. Similar, mas argumentando com base no teste da necessidade: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 203. Em sentido contrário, afirmando que alterações posteriores na relação de adequação entre meio e fim não devem ser consideradas no teste: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 64; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 726.

<sup>598</sup> Similarmente, admitindo a declaração de inconstitucionalidade da medida restritiva “a partir do momento em que essa verificação foi ou poderia objetivamente ser feita”: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 740.

pura e simples, da inadequação e invalidade do sentido normativo adquirido pela norma no decorrer de sua vigência.<sup>599</sup> Dito isso, é possível passar à avaliação dos testes subsequentes da prova geral da proporcionalidade.

#### IV. Necessidade da intervenção

##### a. Novas questões terminológicas

Antes de iniciar a análise desse passo da prova geral da proporcionalidade, mais uma questão terminológica. Em meio à miríade de termos, nomes e conceitos que compõem a dogmática dos direitos fundamentais, nem sempre é fácil identificar ideias e nomes, signo e significado. Com a proporcionalidade, seus requisitos e testes, ocorre algo similar. Termos e denominações são alterados e modificados em função do momento, do país e do autor que as utilizam.<sup>600</sup> O resultado é um verdadeiro caos babilônico de expressões,<sup>601</sup> algumas, mesmo diversas, indicando o mesmo conceito, outras idênticas, mas significando conceitos diferentes. Peter Lerche, por exemplo, utilizava o termo *proibição de excesso* para identificar a prova geral da proporcionalidade, sem nela incluir o teste da adequação.

---

<sup>599</sup> Preciso quanto ao ponto e com base na análise da jurisprudência constitucional, Humberto Ávila distingue a modulação temporal do conteúdo e dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, observando ainda, corretamente, que “sob o rótulo maior de ‘modulação de efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade’ pode-se confundir, de um lado, o conteúdo de uma decisão com os seus efeitos e, de outro, pode-se baralhar a modulação dos efeitos temporais *da decisão* declaratória de inconstitucionalidade com a modulação dos efeitos temporais *da própria declaração* de inconstitucionalidade contida na decisão de inconstitucionalidade” (Humberto Ávila, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito tributário*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 520, grifos no original). Similar, afirmando que a única possibilidade de modulação que se deve admitir no controle incidental de constitucionalidade brasileiro é aquela relacionada ao conteúdo da decisão de inconstitucionalidade, não aos seus efeitos: Roberto Dias/Lucas Catib De Laurentiis, “A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal - modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade”, p. 218. Na jurisprudência, tratando hipóteses similares a essas como casos de “inconstitucionalidade progressiva” ou “leis ainda constitucionais”: RE 341.717/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 5 de agosto de 2003; RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19 de maio de 1998.

<sup>600</sup> Dentre as tentativas de indicar a ideia contida nos testes com denominações cada vez mais específicas, são encontrados, na jurisdição constitucional canadense e sul-africana, a conexão racional (*rational connection*), que substitui a adequação e menor dano (*minimal impairment*). Para o uso variado de tal terminologia: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 821.

<sup>601</sup> Falando também em caos terminológico na doutrina e jurisprudência alemãs, que é agravado pelo fato de que, muitas vezes, a mesma expressão do português pode ter dois ou mais correlatos alemães, como: *Verhältnismässigkeit* e *Proportionalität*, que significam, ambos, *proporcionalidade*: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 11. Também se queixando da falta de rigor terminológico nessa área: Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 228.

Com isso, ele pretendia simplesmente salientar que a função da prova era a defesa, não a promoção, de direitos.<sup>602</sup> Manfred Gertz e Peter Wittig adotaram terminologias e pressupostos semelhantes: ambos consideram proporcionalidade e necessidade como testes que compõem a proibição de excesso e a adequação como um teste apartado.<sup>603</sup> Similar, por fim, é a configuração da prova proposta por Klaus Stern: a proibição de excesso é a prova geral, que inclui os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, esta última denominada por ele de razoabilidade.<sup>604</sup> Mas a terminologia oposta também é encontrada. Ou seja, há decisões ou obras que consideram a proporcionalidade como uma prova geral voltada a conter intervenções legislativas, que, por sua vez, é composta pelos testes da adequação, necessidade e proibição de excessos.<sup>605</sup> Nenhuma dessas variações de sentido gera problemas, uma vez que se compreenda o sentido que elas indicam. Todas elas partem do pressuposto de que o teste geral da proporcionalidade é voltado à contenção do poder e, com fundamento nessa ideia orientadora, configuram a prova de forma que esse objetivo seja atingido. Se a troca do termo *proporcionalidade em sentido amplo* por *proibição de excesso* contribui para tal finalidade, seria preferível utilizar esta e não aquela denominação.<sup>606</sup>

Ao contrário, a identificação da proibição de excesso com o último passo da prova geral da proporcionalidade tem a virtude de especificar o parâmetro e a intensidade de controle aplicada nesse teste: não a ponderação ou a otimização de valores ou princípios contrapostos, mas sim a avaliação da desproporcionalidade, ou excesso, da intervenção estatal no conteúdo protegido pelo direito fundamental.<sup>607</sup> Por isso, se o uso dos termos

---

<sup>602</sup> Cf. Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 19 e ss.; corretamente, identificando essa peculiaridade do pensamento de tal autor: Leonardo Martins, “A proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade”, p. 20.

<sup>603</sup> Nessa linha: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817; Manfred Gertz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1604.

<sup>604</sup> Cf. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Bd. III. 2, p. 775. Nesse sentido, mas incluindo a razoabilidade ao lado da proporcionalidade em sentido estrito: Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht*, p. 188. Similar, mas excluindo a razoabilidade do conjunto da prova: Hans-Uwe Erichsen, “Das Übermaßverbot”, *Jura* (1988): 387-388.

<sup>605</sup> Na jurisprudência, precedentes exemplificativos a esse respeito: BVerfGE 30, 292 - *Erdölbevorratung*; BVerfGE 28, 264 - *Abgeordnetenüberprüfung*. Similar, na literatura constitucional: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 10.

<sup>606</sup> Cf. nessa linha: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 732. Similar, identificando proporcionalidade em sentido amplo e proibição de excesso: J-J. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 267.

<sup>607</sup> Por todos, nesse sentido, mas utilizando o termo desproporcionalidade ao invés de proibição de excessos: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 201 e 325. No mesmo sentido: Friedrich Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 851.

*proporcionalidade em sentido amplo e estrito* já foi sedimentado pela prática, uma vez que se compreenda que a prova como um todo tem a orientação de conter o poder estatal, basta esclarecer o sentido dogmático que essa técnica pode ter. Não é preciso alterar a denominação dos testes.

Algo diverso ocorre quando os termos *necessidade e proibição de excessos* se identificam.<sup>608</sup> Nesse caso, há dois problemas. Um dogmático; outro, teórico. Identificar a necessidade com a proibição de excessos gera uma confusão dogmática em relação à determinação das origens dessas provas. Não é incomum encontrar quem afirme que, em virtude de tal identificação, a necessidade equivaleria ao teste aplicado no direito policial prussiano e que Fritz Fleiner teria esse teste em mente quando afirmou que não se deve abater pardais com canhões.<sup>609</sup> Tais afirmações são em si mesmas incorretas e levam ao engano de pensar que, em seu nascimento, a proporcionalidade se resumia ao teste da necessidade, o que, comprovadamente, não ocorreu.<sup>610</sup>

Teoricamente, por outro lado, é discutível a inserção de um critério de defesa em uma configuração da prova que pressuponha a colisão ou ponderação de bens ou valores constitucionais. Se isso ocorre, a proporcionalidade em sentido amplo terá dois testes com sentidos e finalidades contrapostos e contraditórios: a necessidade, que visa defender o indivíduo contra intervenções estatais excessivas; e a proporcionalidade em sentido estrito, que, nesse modelo, se identifica com a ponderação de princípios.<sup>611</sup> Com dois testes em constante tensão, a estrutura da proporcionalidade tende, então, a se desequilibrar: ou se atribui primazia ao fator de defesa inserido no teste da necessidade, ou se atribui maior peso ao teste da ponderação e, com isso, se anula o efeito de proteção que existia no teste da necessidade.<sup>612</sup>

---

<sup>608</sup> Realizando tal identificação, por todos: Luís Roberto Barroso, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito constitucional”, *Boletim de Direito Administrativo*, março, 1997, 149-163, p. 161. Recente, no mesmo sentido: Id., *Direito constitucional contemporâneo*, p. 260.

<sup>609</sup> Identificando proibição de excesso e necessidade e também indicando incorretamente o autor de tal frase: Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 339.

<sup>610</sup> Por todos, com indicações históricas da utilização dos testes da adequação e necessidade: Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Übermassverbot*, p. 24 e ss.

<sup>611</sup> É o que faz, dentre outros, Daniel Sarmiento, para quem a necessidade destina-se a invalidar medidas estatais excessivas e a proporcionalidade em sentido estrito visa comparar e ponderar valores constitucionais: Cf. Daniel Sarmiento, “Revisitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade”, p. 159 a 162.

<sup>612</sup> Com esse e outros fundamentos, afirmando que a ponderação é incompatível com os demais testes que compõem a proporcionalidade em sentido amplo: Christian Hillgruber, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechprechung des Bundesverfassungsgericht nach 60 Jahren”, *JZ* 18 (2011): 861-871, p. 862. Ilustrando tal distinção qualitativa entre os testes, Eberhard Grabitz afirma que, enquanto a necessidade e adequação são



Nas duas hipóteses, a solução apresenta problemas, pois, ao exigir que não só a intervenção mas também a proteção do direito fundamental sejam justificadas, o modelo da ponderação tende a anular a função de defesa exercida pelo teste da necessidade. Correto, portanto, quando se adota um modelo do teste da proporcionalidade que, tal qual o defendido pela teoria dos princípios, admite intervenções e relativizações recíprocas de princípios em colisão, é simplesmente abandonar a denominação *proibição de excesso*.<sup>613</sup> Afinal, quando tudo é maleável e relativo em função dos valores em colisão, a própria noção de excesso se dissolve em um elemento da ponderação. Teoricamente possível, essa proposta enfrenta, contudo, dificuldades dogmáticas importantes. Primeiro, porque ela não consegue justificar a proteção diferenciada que se atribui aos direitos de defesa.<sup>614</sup> Segundo, porque ela dificilmente consegue se ajustar ao sentido de defesa, que acompanha o desenvolvimento da prova da proporcionalidade, desde sua concepção. Tudo isso mostra que, além de dogmaticamente incorreta, a identificação das expressões proibição de excesso e necessidade é teoricamente problemática. Esclarecidos esses pontos, é possível passar à análise da configuração atual da necessidade.

## b. Características e questões da prova

Comparação empírica entre medidas igualmente adequadas. Com tal objetivo, o teste da necessidade é composto de duas variáveis: a finalidade legítima, determinada previamente pela autoridade competente; e a comparação hipotética de meios que possam substituir a medida implementada.<sup>615</sup> Se dessa avaliação resulta a conclusão de que o meio efetivo pode ser substituído por outro, igualmente adequado, mas com menor onerosidade aos afetados, a norma analisada será considerada inconstitucional. Nesses termos, a necessidade é simplesmente o reflexo jurídico do princípio elementar que rege a busca de

---

testes jurídicos que vinculam a instância decisória, a proporcionalidade em sentido estrito é uma orientação de como proceder na análise de conflitos de valores: Cf. Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 583.

<sup>613</sup> Utilizando, contudo, tal denominação e distinguindo proibição de excesso e proteção deficiente: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 26; Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, p. 151 e ss.

<sup>614</sup> Para uma tentativa dessa difícil conciliação de conceitos: Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, p. 60 e ss.

<sup>615</sup> Na jurisprudência: BVerfGE 7, 377 (405) - *Apotheke*; BVerfGE 49, 24 - *Kontaktsperre-Gesetz*. Similar: ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 16 de fevereiro de 2012 - *Ficha Limpa*.

eficiência alocativa de bens: quando a distribuição de bens e direitos não pode ser alterada para favorecer um indivíduo sem que os demais sejam negativamente afetados, o ponto ótimo de distribuição alocativa foi alcançado.<sup>616</sup> São muitos os problemas causados por essa configuração da prova.

Os primeiros estão relacionados à identificação e conservação da finalidade almejada pela autoridade estatal. Decorrente da divisão de funções e competências constitucionais, a imposição da conservação dos fins visados pela autoridade estatal exige que medidas alternativas hipotéticas sejam direcionadas à mesma finalidade.<sup>617</sup> Com isso, a necessidade se converte em critério jurídico de decisão e não tem mais uma função puramente lógica de comparação entre variáveis empíricas. Tal requisito pressupõe, assim, a existência de decisão do órgão estatal competente no sentido de intervir no conteúdo protegido pelo direito. A hipótese de inexistir tal medida e, com isso, não afetar qualquer aspecto do direito fundamental está, de plano, excluída.<sup>618</sup> Os problemas reais da necessidade começam a surgir quando se percebe que, ao manipular as finalidades perseguidas pelas intervenções normativas, o Estado pode tornar a prova inoperante. Para tanto, basta que o ato estatal vise múltiplos fins ou níveis de efetivação de tais finalidades

---

<sup>616</sup> Necessidade é, por isso, o equivalente normativo do ponto ótimo paretiano. Nessa linha, aplicando o critério de eficiência de pareto à decisão do Tribunal Constitucional alemão em *Apotheke*: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 181. Nessa linha: Robert Alexy, “On the structure of principles”, *Ratio Juris*, v. 13, n. 3 (2000): 294-394, p. 298; Niels Petersen, “How to compare the length of lines to the weight of stones: Balancing and the resolution of value conflicts in Constitutional law”, *German Law Journal*, v. 14, n. 8 (2013): 1387-1408, p. 1394; Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 39.

<sup>617</sup> Cf. nessa linha: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 574.

<sup>618</sup> Nesse sentido: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 67. Similar, afirmando que a competência para definir o parâmetro de comparação, ou seja, a finalidade, dos hipotéticos analisados no teste da necessidade: Julian Rivers, “Proportionality and variable intensity of review”, p. 199; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 747. Surpreende, assim, que Virgílio Afonso da Silva afirme que o critério decisivo na comparação entre medidas é a eficiência em relação ao fim e não a menor intervenção, pois, ao seu ver, caso não fosse assim seria “sempre melhor que o Estado [fosse] omissivo, pois, embora a omissão seja ineficiente para realizar objetivos que necessitem de uma ação estatal, ela será também, em geral, menos gravosa” (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 173). O argumento se choca com o pressuposto mais elementar da prova: a existência de decisão estatal interventiva. Fora isso, ele é contraditório com o pressuposto, adotado pelo mesmo autor, de que as hipóteses comparadas tenham o mesmo resultado de eficiência (Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 38), pois, para que meios e fins sejam comparados e se diga que são equivalentes no que diz respeito a sua eficiência, eles devem existir. Por outro lado, a hipótese de a intervenção não existir mais e, com isso, o direito fundamental ficar intocado é o resultado da prova da proporcionalidade como um todo, pois dela pode decorrer a declaração de inconstitucionalidade da norma analisada. Se é assim, a proporcionalidade não pode, efetivamente, antecipar para seus fundamentos a situação que resulta de sua aplicação. Exatamente por isso, não cabe cogitar a possibilidade de inexistir a medida interventiva. No mesmo sentido, afirmando que no teste da necessidade se questiona “como” (*Wie*), não “se” (*Ob*) a medida estatal interventiva é implementada: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 430.

que tornem improvável, ou, no limite, impossível, a cogitação de variáveis alternativas.<sup>619</sup> Afinal, quando até os efeitos econômicos, sociais e fiscais da medida analisada são considerados como finalidades a serem consideradas no teste da necessidade, as variáveis que restringem a possibilidade de encontrar uma medida com eficiência compatível tendem a se tornar infinitas, e o número de alternativas viáveis para a comparação, nulo.<sup>620</sup>

Antes considerada o centro da prova da proporcionalidade,<sup>621</sup> a necessidade é, dessa forma, transformada em uma etapa sem efeitos práticos e termina por ser consumida pela ponderação. Não espanta que juízes e tribunais constitucionais tendam a desconsiderar essa etapa da prova, pois a complexidade do raciocínio envolvido e sua potencial ineficácia desestimulam seu uso prático.<sup>622</sup> Se aliada à baixa capacidade da adequação, entendida como teste puramente empírico, para controlar a relação estabelecida entre meios e fins, essa situação tende a transformar a proporcionalidade em um teste unidimensional: todos os testes e todo o conteúdo da prova são concentrados na ponderação.<sup>623</sup> O extremo oposto ocorre quando se abdica do parâmetro de comparação jurídico dos meios. É o que ocorre quando não se exige que as medidas hipotéticas tenham efeitos semelhantes em relação ao fim perseguido pela autoridade estatal. Mas esse é também o resultado da indeterminação do conteúdo e da abstração excessiva de tal finalidade. Nesses casos, o elemento de contenção da criatividade e da imaginação do julgador desaparece, e a medida estabelecida pode ser comparada com infinitas possibilidades de substituição.<sup>624</sup>

---

<sup>619</sup> Vislumbrando o problema, mas sem apresentar soluções: Rüdiger Konradin Albrecht, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, p. 72; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 854.

<sup>620</sup> No mesmo sentido: David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 50. Afirmando que esse é um problema do modelo alemão do teste da proporcionalidade: Kai Möller, “Constructing the proportionality test”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014, p. 34.

<sup>621</sup> Sustentando que a necessidade ainda é o centro da proporcionalidade: Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, p. 618. No direito canadense, tal conclusão é a regra: Cf. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 822; Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, p. 391.

<sup>622</sup> Nessa linha, afirmando que o sentido técnico da necessidade afasta sua aplicação pelas Cortes constitucionais: Paul Yowell, “Proportionality in United States Constitutional Law”, in: Liora Lazarus/ Christopher McCrudden/ Nigel Bowles, *Reasoning rights: comparative judicial engagement*, Oregon, Oxford and Portland, 2014, p. 92.

<sup>623</sup> Admitindo tal conclusão e afirmando que a necessidade não é uma regra de decisão (*Entscheidungsregel*) e sim um elemento e uma etapa de preparação da ponderação de interesses: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 171. Similar, afirmando que os testes da adequação e necessidade são só aplicações menos complexas da etapa final da ponderação: David Beatty, *The ultimate rule of Law*, p. 163.

<sup>624</sup> Nesse sentido, na jurisprudência constitucional canadense, afirmando que juízes teriam pouca imaginação se, diante de uma medida restritiva, não apresentassem uma medida substitutiva que soasse menos restritiva:

Sem o controle da fonte de criação de hipóteses de comparação, a necessidade se torna uma prova de aplicação inviável, pois nenhuma medida interventiva, por mais bem elaborada que seja, e nenhum órgão estatal, por mais profissional e técnico que seja, podem prever e antecipar todas as hipóteses de intervenção possíveis. Aplicada e compreendida dessa forma absoluta, a necessidade se torna um fator de paralização, não só da atividade interventiva do Estado, que é essencial ao desenvolvimento e à configuração das relações sociais e jurídicas, como também do processo jurídico de controle de constitucionalidade, pois o órgão de controle teria de considerar e analisar infinitas hipóteses de comparação entre medidas estatais. Como ambas as hipóteses são praticamente inviáveis, a saída de tal paradoxo é, novamente, desconsiderar o valor prático da prova da necessidade. E, assim como ocorreu com o problema anterior, o julgador se vê forçado a, na prática, desconsiderar essa etapa da prova e é convidado a simplesmente ponderar meios e fins, que se transformam, então, em princípios e a proporcionalidade é, novamente, convertida em ponderação.<sup>625</sup>

### c. Proposta de reconstrução

A reconstrução da necessidade pressupõe a redefinição de suas funções. Antes concebida como um elemento de defesa individual contra abusos do poder estatal,<sup>626</sup> a necessidade foi convertida em um teste amplo, que trabalha com critérios tirados da teoria econômica, voltado à maximização da eficiência alocativa do direito. Mas foi exatamente essa alteração da feição da prova que fez dela um instrumento ineficaz, que termina por ser consumido pela metáfora da ponderação. Reconstruir a necessidade quer dizer reconduzir

---

*Illinois Elections Bd. vs. Socialist Workers Party* (1979) 440 U.S. 173, 188. Na literatura, na mesma linha: Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 62, onde se identifica a causa desse problema na exigência de otimização de princípios em colisão. Similar, criticando especificamente a configuração do teste necessidade na teoria dos princípios: David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 43 e ss. De forma semelhante: Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 171.

<sup>625</sup> Constatando essa tendência de concentração de todas as etapas da prova na etapa que realiza a ponderação de valores, Kai Möller afirma que isso põe em dúvida o argumento, comumente aceito sobretudo por autores que defendem a versão da prova da teoria dos princípios, de que a proporcionalidade é um procedimento racional e estruturado de argumentação jurídica. Para uma defesa de tal argumento, que, na prática, tem pouca ou nenhuma comprovação: Robert Alexy, “Balancing, constitutional review and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4 (2005): 572-581, p. 579. Para a argumentação de Möller: Kai Möller, “Constructing the proportionality test”, p. 37.

<sup>626</sup> Por todos, acentuando a função de defesa da necessidade: Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 69 e ss.

essa prova ao seu trilha original. Não poderia ser diferente, pois o pressuposto de toda a reconstrução do sentido jurídico da prova da proporcionalidade em sentido amplo também é sua recondução à função de defesa do indivíduo contra intervenções estatais excessivas. Enquanto elemento e componente dessa prova mais ampla, a necessidade é simplesmente mais um mecanismo voltado a esse mesmo fim: conter o excesso do poder. A comparação de graus empíricos de eficiência e efetividade das diferentes medidas, sejam elas hipotéticas ou existentes, é só o primeiro passo da avaliação da necessidade da medida interventiva. Tão importante quanto essa análise empírica é a definição de critérios normativos e os parâmetros jurídicos que guiam a aplicação dessa prova.<sup>627</sup>

A relevância desses parâmetros aparece quando constelações complexas são avaliadas à luz da necessidade. Se a intervenção normativa estabelecida afeta, ao mesmo tempo, um direito individual e um interesse coletivo ou social, a existência de uma hipótese de substituição que seja, ao mesmo tempo, menos danosa ao direito individual e mais gravosa ao interesse coletivo, será fundamento para a declaração da desnecessidade da intervenção estatal e, conseqüentemente, de sua inconstitucionalidade.<sup>628</sup> É possível que a variação dos modos de controle da medida restritiva tenha influência sobre esse ponto da avaliação. Isso porque a mesma medida que, no modo principal e abstrato de controle se apresenta como a menos gravosa para a coletividade, pode representar uma intervenção intensa e desnecessária do direito analisado em um processo de controle incidental e concreto.<sup>629</sup> Nesses casos, a declaração concreta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo restritivo pode se manifestar na forma de uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto, caso a norma inconstitucional seja uma aplicação da medida questionada, ou em uma interpretação conforme a Constituição, hipótese em que as condições de aplicação e interpretação da medida interventiva são alteradas. Adotando tal sentido da distinção das técnicas interpretativas de controle de constitucionalidade, será até

---

<sup>627</sup> Nesse sentido, sustentando que a prova da necessidade é normativa e não puramente fática: Benjamin Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, p. 54; Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 240; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 653; Steven Greer, "Balancing and the european Court of human rights: a contribution to the Habermas-Alexy debate", *Cambridge Law Journal* 63 (2), July (2004): 412-434, p. 423;

<sup>628</sup> Nessa linha, afirmando que, existindo duas escalas de restrição, uma em que medidas restritivas de direitos particulares sejam escalonadas, outra em que as possíveis restrições a interesses coletivos sejam ranqueadas, o teste da necessidade sempre dará preferência à medida que apresente o menor grau de intervenção na escala de intensidades individuais: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 69. Similar: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 242.

<sup>629</sup> Considerando essa possibilidade: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 753.

mesmo possível que uma norma restritiva seja, em abstrato, interpretada conforme a Constituição e, com isso, não seja declarada a inconstitucionalidade de todos os seus sentidos possíveis, mas uma de suas aplicações seja considerada inconstitucional, por ser desnecessária e desproporcional.<sup>630</sup> Em todos esses casos, o afetado deverá comprovar que a intervenção normativa, que em abstrato é necessária e proporcional, representa uma restrição grave e substituível de seu direito.<sup>631</sup>

No caso do controle concreto de constitucionalidade de medidas restritivas, é preciso considerar ainda que o afetado é também o titular do direito fundamental atingido. Se é assim, sua preferência por um meio alternativo deve também ser considerada como indicativo do menor grau de intervenção da medida estatal.<sup>632</sup> Nessa hipótese, será preciso considerar e analisar os limites da eventual renúncia individual ao direito fundamental restringido. Caso tal ato tenha efeito sobre o direito de terceiros ou afete direitos ou interesses relevantes, ele mesmo terá de ser controlado com base em nova aplicação da prova da proporcionalidade, que, nesse caso, será uma prova de segundo grau.<sup>633</sup> Renúncia que, no caso, é relativa, pois o titular pode preferir suportar uma intervenção que, avaliada objetivamente, se apresenta como mais severa, mas que, em sua avaliação pessoal, soa como menos gravosa. Comprovado que tal ato não gera efeitos contra terceiros, a opção pessoal do titular do direito fundamental deve ter preferência.

Com razões semelhantes, a questão dos custos da substituição da medida estatal pode ser solucionada. Mesmo que a substituição da medida estabelecida por uma medida que represente menor intervenção no direito individual seja acompanhada de custos adicionais, que tenham de ser suportados pelo Estado ou pela sociedade, a função do teste da necessidade exige que a medida estabelecida seja declarada inconstitucional.<sup>634</sup> Argumentar que tais gastos não foram previstos na peça orçamentária e que, portanto, não

---

<sup>630</sup> Para tal distinção: Lucas Catib De Laurentiis, *Interpretação conforme a Constituição*, p. 123 e ss.

<sup>631</sup> Cf. Artur Wolffers, “Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit”, p. 308.

<sup>632</sup> Utilizando tal critério, que é de aplicação comum no direito policial alemão, para determinar a menor restrição dos meios, mas afirmando que tal parâmetro não é normativo: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, p. 456.

<sup>633</sup> Para uma aplicação do teste da proporcionalidade em casos de renúncia de direitos fundamentais: Pedro Augustin Adamy, *Renúncia a Direito fundamental*, São Paulo, Malheiros, 2011.

<sup>634</sup> De longa data, sustentando que o teste da necessidade não pode levar em conta critérios econômicos: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 22. Similar, na literatura constitucional: Ulrich Zimmerli, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht*, p. 18; Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht”, p. 27. Contra, sustentando que os custos suportados pelo Estado e pela sociedade também devem ser considerados na análise da necessidade, o que, todavia, faz dela um teste sem efeitos práticos: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 73.

podem ser arcados pelo Estado, é afirmar muito pouco. Primeiro porque o orçamento público não é, em si mesmo, um direito constitucional. Não é possível fundamentar a restrição de um direito fundamental simplesmente com a constatação do limite de verbas orçamentárias.<sup>635</sup> Segundo porque o orçamento é uma previsão e um planejamento de gastos dirigido ao Estado, que só indiretamente pode afetar os titulares de direitos fundamentais. Isso não quer dizer que o argumento orçamentário seja totalmente desprovido de fundamento. Seu valor, contudo, é relativo. Só quando for demonstrado que a alteração, que leve à menor restrição dos direitos afetados, implica uma restrição mais grave de outros direitos fundamentais, o argumento dos limites orçamentários servirá para a comprovação da impossibilidade de alterar a situação existente, sem que outra mais gravosa aos particulares seja criada.

E mesmo quando seja o caso da declaração de desnecessidade da medida estatal interventiva, o órgão de controle não cria diretamente novas despesas. Ele simplesmente constata que a intervenção é desproporcional e, com base nesse fundamento, declara sua inconstitucionalidade. O que pode ser feito para minimizar o vazio legislativo gerado por tal decisão é declarar a inconstitucionalidade e estipular prazo para que a medida estabelecida seja substituída, mantendo os efeitos práticos da medida restritiva durante esse período. Para tanto, será necessário demonstrar que a própria situação de fato consolidada passou a ter proteção constitucional, seja com fundamento na segurança jurídica, seja em garantias mais específicas, como o ato jurídico perfeito.<sup>636</sup> De toda forma, não é dado ao órgão de controle substituir a decisão da instância estatal legitimada para gerar despesas e realizar gastos públicos.

---

<sup>635</sup> Na jurisprudência constitucional sul-africana, nesse sentido: *Minister of Home Affairs vs. National Institute for Crime Prevention and the Re-integration of Offender (NICRO)*, 2005 (3) S.A. 280 (CC). Comentando o caso e apresentando casos similares da jurisprudência israelense: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 271.

<sup>636</sup> Nesse caso, a modulação de efeitos não precisa recorrer à ponderação de princípios constitucionais. Para concluir que é necessário preservar as medidas restritivas existentes, basta constatar que delas derivam situações jurídicas consolidadas que, enquanto tais, são tuteladas pela segurança jurídica e pela garantia da preservação do ato jurídico perfeito. Caso em que a manutenção dos efeitos da medida restritiva desnecessária também representa a proteção, nesse caso, necessária, dos efeitos consolidados da medida restritiva. De toda forma, ao menos no Brasil, tal modulação de efeitos deve ocorrer em processos de controle principal e concentrado, sob pena de, aplicada no controle concreto, alterar o sentido do julgamento realizado em tal modalidade de controle. Com proposta similar de modulação, mas com fundamento na ponderação de princípios constitucionais: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 751. Para uma compreensão similar dos requisitos para a manutenção dos efeitos concretos da norma declarada inconstitucional: Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 237.

Situação ainda mais complexa ocorre quando uma mesma medida interventiva interfere em direitos fundamentais com graus variados de gravidade. Se e quando isso ocorre, pode haver uma variação das intensidades de intervenção que torne a medida estatal desnecessária para alguns destinatários, pois substituível por medida menos restritiva, e necessária para outros. A primeira reação de quem enfrenta tal situação é negar a capacidade do teste da necessidade para solucionar um conflito com tamanha complexidade. Como consequência, a solução do problema seria transferida para a última etapa da prova da proporcionalidade em sentido amplo.<sup>637</sup> Uma solução mais elaborada foi apresentada por Bernhard Schlink, para quem, nesse caso, a medida interventiva não pode realmente ser avaliada sob o prisma do teste da necessidade, mas pode ser controlada com fundamento no direito geral de igualdade. Afinal, na situação enfrentada, há um tratamento desigual dos destinatários da norma interventiva. Uma vez que não se apresente uma justificativa para tal tratamento desigual, ou seja, uma vez que a desigualdade de restrições não seja, ela mesma, fundamentada em um critério de *discrimen* que justifique a disparidade, a restrição será declarada inconstitucional, não em virtude de sua desnecessidade e desproporcionalidade, mas sim por força da desigualdade por ela gerada.<sup>638</sup> A proposta é interessante, pois, com isso, o grau de intensidade do controle exercido na análise da medida restritiva é rebaixado ao controle de evidência, pois o controle realizado com base no direito geral de igualdade tem por parâmetro a não arbitrariedade da distinção criada pela autoridade estatal.<sup>639</sup>

Contudo, a proposta parece simplesmente mascarar o problema real, pois medidas estatais igualitárias, ou seja, que tratem iguais como iguais ou desiguais ou desiguais, na medida de sua desproporção, para que tais distinções sejam consideradas válidas, podem também ser medidas excessivas ou desnecessárias. A inexistência de um desses vícios não

---

<sup>637</sup> Nessa linha, defendendo a transferência da análise da necessidade em casos que envolvam mais de um direito ou titular do direito fundamental: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 751. É difícil compreender a orientação adotada por esse autor, pois ele é um dos poucos que consideram que a análise da necessidade pressupõe a consideração de aspectos jurídicos e analíticos. Esse seria justamente um caso de avaliar o sentido dogmático e analítico dessa prova, mas esse autor se nega a realizar essa análise. No mesmo sentido, mas de forma mais coerente, sustentando essa conclusão com a premissa de que a necessidade é um teste puramente empírico: Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, 1604; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 172 e 173.

<sup>638</sup> Nessa linha: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, 459. Similar, afirmando que os exames da necessidade e igualdade da medida estatal são pautas e parâmetros separados, que podem ser combinados: Laura Clérico, *El examen de proporcionalidade en el Derecho constitucional*, p. 144.

<sup>639</sup> Cf., a esse respeito: Bernhard Schlink/ Boto Pieroth, *Grundrechte Staatsrecht II*, p. 111; Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, p. 152.



afasta a possibilidade do outro existir. Nesse caso, o controle da medida restritiva terá por fundamento os dois parâmetros de controle: igualdade e necessidade. Para que essa operação seja possível, é preciso considerar que a necessidade não é só um critério fático de avaliação de medidas comparativas.<sup>640</sup> É também um critério normativo, que exige que a opção estatal pela medida mais restritiva, quando uma medida menos restritiva se encontra à sua disposição, seja fundamentada. A diretriz geral que deve guiar essa análise é que a intervenção legislativa deve levar em conta cada grupo de endereçados da ordem estatal em separado.<sup>641</sup> Assim se pode cogitar da aplicação de técnicas de controle de constitucionalidade interpretativas, que afastem a incidência da norma desnecessária e excessiva em relação a alguns de seus destinatários e, ao mesmo tempo, se mantenha sua validade e aplicação em relação aos demais afetados. O problema voltará a existir se a norma controlada não puder ser decomposta em função dos diversos destinatários da intervenção, ou seja, se não for possível seccionar a análise do teste da necessidade em função da gravidade individualizada da medida restritiva para cada um dos destinatários.<sup>642</sup>

Nesse caso, o parâmetro da igualdade volta a ter relevância e aplicação, mas a ele se pode adicionar uma peculiaridade do teste da necessidade. Essa é uma hipótese em que o Estado elege um grupo de particulares para suportar uma carga de intervenção diferenciada em relação aos demais possíveis destinatários da norma. Uma vez que o particular que tenha seu direito especialmente agravado comprove ser possível dividir a carga da intervenção por ele suportado com outros grupos, caberá ao Estado dizer por que aquele grupo em especial deve, no caso, ser o destinatário de um grau diferenciado de intervenção enquanto outros são poupados desse fardo. Esse não é necessariamente um teste de igualdade, pois a comparação que ocorre aqui não envolve necessariamente grupos

---

<sup>640</sup> Justamente por negar essa premissa Lothar Hirschberg não admite a análise simultânea dos parâmetros de controle utilizados pelos testes da igualdade e necessidade. Cf., nesse sentido: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 66 e ss.

<sup>641</sup> Nesse sentido: Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 238; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 69; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 319; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 2, p. 781.

<sup>642</sup> O problema foi enfrentado pelo Tribunal Constitucional no caso em que se analisou a obrigação imposta aos importadores de óleo mineral de armazenar parte do produto para fins de assegurar a existência de reserva de oferta para atender eventual necessidade do mercado. Os representantes de associações de trabalhadores dessa área argumentaram que a obrigação a eles imposta poderia ser atribuída a outros atores do mercado, o que contribuiria para atingir a finalidade pretendida pelo legislador de forma ainda mais eficiente e, ao mesmo tempo, não oneraria um só ator econômico. O Tribunal considerou que a alternativa não apresentava o mesmo grau de eficiência e, com isso, afastou a alegação da desnecessidade da medida interventiva. Caso citado: BVerfGE 30, 292. Comentando o precedente: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 70.

específicos de destinatários da norma controlada. É possível, nesse sentido, questionar também por que um grupo de indivíduos, e não a coletividade, deve suportar os efeitos da intervenção estatal. Também não há aqui uma análise da razoabilidade da medida interventiva, pois os efeitos dessa norma podem ser suportáveis e, contudo, não existir uma justificação suficiente da eleição do grupo específico que suporta a carga diferenciada da medida interventiva.

Assim, a solução está em utilizar o teste da necessidade em uma versão normativa, que considere a finalidade protetiva dessa etapa da prova geral da proporcionalidade. Será preciso, então, questionar se, ao criar a norma questionada ou em momento posterior,<sup>643</sup> o Estado tinha ciência e podia adotar uma opção menos gravosa ao grupo afetado de forma diferenciada pela intervenção legislativa. Se em algum momento essa opção existia, a concentração da carga interventiva em um determinado grupo de sujeitos se torna, ela mesma, um fator de intervenção, que, por um lado, agrava a intensidade da intervenção original e exige uma justificação diferenciada.<sup>644</sup>

Em todas essas hipóteses, os fatores que guiam a análise do teste da necessidade são sua finalidade de contenção do poder estatal e, principalmente, o sentido e significado dos direitos fundamentais afetados pela intervenção estatal. Aqui a premissa básica do projeto de reconstrução da proporcionalidade volta a se manifestar com toda força: sem a definição prévia do sentido normativo das diferentes garantias constitucionais dos conteúdos dos direitos fundamentais, a prova como um todo tende a se perder em generalizações e abstrações e, com isso, a única saída para que o conflito seja solucionado é recorrer à ponderação de princípios ou valores. Tudo muda quando se atribui conteúdo

---

<sup>643</sup> É comum encontrar a afirmação de que, tal qual ocorre com o teste da adequação, a necessidade teria de adotar a perspectiva de análise *ex ante*, pois essa é a orientação que preserva, da melhor forma possível, a competência estatal destinada a realizar a intervenção na esfera protegida dos direitos fundamentais. Nesse sentido, dentre outros: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 73; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 758. Contra, afirmando que o critério a ser adotado no teste da necessidade é o *ex post*: Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 344. A par de tal distinção não ser clara, pois ela ora utiliza o momento de criação da lei, ora o momento do julgamento, para classificar o critério de controle, suas consequências práticas e dogmáticas são limitadas. Isso porque o fator decisivo para determinar se o controle normativo ocorre no momento de promulgação da intervenção normativa ou em momento posterior não está na descrição teórica do instrumento de controle, mas sim na permanência no decorrer do tempo dos efeitos restritivos da norma controlada. Se, nesse sentido, a medida interventiva tem efeitos temporários e efêmeros, o controle de proporcionalidade, seja no teste da adequação, seja na necessidade, terá de adotar o denominado critério *ex ante*. Caso contrário, ou seja, se os efeitos da medida restritiva se prolongarem no tempo, o critério de controle será o *ex post*. Nessa linha, por considerar que a vinculação dos parâmetros constitucionais não se altera com o tempo: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 575.

<sup>644</sup> Cf. Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 240 e 241.

normativo e material à prova da proporcionalidade como um todo e se exige que os direitos afetados tenham seu conteúdo jurídico previamente definido. Se e quando isso ocorre, as diferentes hipóteses de intervenção em direitos fundamentais diversos só podem ser comparadas se e na medida em que os conteúdos desses direitos também sejam levados em conta na comparação. Afirmar, portanto, que a intervenção no direito à liberdade de uma classe ou grupo pode ser substituída por uma restrição no direito à liberdade profissional, ou, ao contrário, é uma conclusão que só pode ser derivada da análise conjunta dos diferentes parâmetros constitucionais e dos diferentes conteúdos jurídicos em questão.<sup>645</sup>

Com base nessa premissa, é possível também vislumbrar a possibilidade de variar a intensidade do controle das exigências decorrentes da aplicação do teste da necessidade: quanto maior for a gravidade da intervenção estatal, tanto maiores serão as exigências suportadas pelo Estado para a justificação da norma questionada.<sup>646</sup> Um exemplo de tal variação de intensidades de controle de justificação de medidas restritivas é encontrado na jurisprudência sul-africana. Em uma demanda em que se analisava a constitucionalidade de norma penal que previa a pena de morte, a Corte constitucional daquele país analisou a necessidade de tal previsão em comparação com o encarceramento por largos períodos de tempo. Enfrentando a questão de se tal punição alternativa tinha os mesmos efeitos em relação à proteção da segurança pública, o juiz Chaskalson considerou que, em virtude da gravidade da intervenção e do significado constitucional do direito à vida, a justificação da norma em questão deveria ser realizada com base em requisitos intensos. No caso, isso levou a Corte a exigir que o Estado comprovasse a maior efetividade da medida restritiva adotada em comparação com possíveis penas alternativas.<sup>647</sup> Ou seja, no caso, em virtude do conteúdo normativo do parâmetro de controle e da intensidade da intervenção estatal, a necessidade foi aplicada como prova intensa.

Generalizar tal conclusão levaria à paralisia da atividade estatal, pois toda medida interventiva teria de ser comprovada e justificada em todos os seus aspectos. Por isso, a regra geral que guia o controle de proporcionalidade e o teste da necessidade em especial deve ser a deferência à decisão da instância democraticamente eleita para intervir no

---

<sup>645</sup> Admitindo avaliações do conteúdo dos diferentes direitos afetados pela intervenção estatal: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, p. 753.

<sup>646</sup> Nesse sentido, analisando as diferentes hipóteses e graus de intervenção no direito geral de personalidade e privacidade: Leonardo Martins, *Die Grundrechtskollision*, p. 135.

<sup>647</sup> Caso citado: *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391. Análise e comentários do precedente são encontrados em: Niels Petersen, *Proportionality and the inconsturability challenge*, p. 7. No mesmo sentido, também na jurisprudência sul-africana: *The State vs. Henry Williams and Others*, CCT 20/94, 1995 (3), SA 632.

conteúdo dos direitos fundamentais.<sup>648</sup> Contudo, tal regra pode ser modulada e alterada em função do significado e sentido da garantia do direito fundamental afetado. Com base nos mesmos pressupostos, a regra da igual efetividade das medidas comparadas no teste da necessidade pode assumir diferentes graus de exigência, que serão menores quando os direitos analisados tiverem maior relevância para a situação do afetado e a intervenção estatal nos conteúdos protegidos for intensa.<sup>649</sup> Na hipótese oposta, as exigências do teste da necessidade serão maiores quando a restrição do direito for menos intensa e o parâmetro constitucional oferecer menor grau de proteção.

Os indicativos dessa variação do sentido e intensidade de proteção dos parâmetros constitucionais são encontrados no próprio texto constitucional. Ao menos dois fatores são decisivos para tal definição. O primeiro deles está na existência, ou não, de reservas de lei, sejam elas qualificadas ou simples, no parâmetro constitucional protetivo.<sup>650</sup> A reserva de lei é o indicativo de que o texto constitucional diferencia os critérios de intervenção no conteúdo protegido pelo direito fundamental. Se uma intervenção em um direito fundamental sem reserva exige maiores requisitos e justificativas, a regulamentação do exercício de direitos com reserva simples apresentará o menor grau de exigência argumentativa. Entre esses extremos, os direitos fundamentais com reserva qualificada apresentarão graus variados de exigência para a intervenção no conteúdo protegido, em função da amplitude da cláusula de reserva prevista pelo texto constitucional: quanto mais amplas e variadas as hipóteses de restrição admitidas, menores serão os requisitos para a intervenção no conteúdo protegido. Nesse caso, em um primeiro momento, a amplitude do parâmetro constitucional restritivo permite que se cogite um maior número de restrições possíveis, do que resulta uma maior quantidade de medidas substitutivas a serem consideradas e, conseqüentemente, uma maior intensidade da necessidade.

Nesses casos, como a norma constitucional autoriza o Legislador a regular uma área de conduta de forma ampla, a força do controle de necessidade é diminuída, pois, para

---

<sup>648</sup> Nessa linha: Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 148; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 825.

<sup>649</sup> No mesmo sentido, afirmando que a intensidade da prova da proporcionalidade em geral aumenta em função da intensidade da intervenção e de sua proximidade ao núcleo do direito: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 821.

<sup>650</sup> Nesse sentido, relacionando os graus de intensidade da prova com as diferentes técnicas de reserva de lei previstas no texto constitucional: Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 425; Bernhard Schlink, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, p. 459. Similar, sustentando que a análise das diferentes intensidades de prova da proporcionalidade deve ser orientada por critérios jurídicos abstratos: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 330.

realizar esse teste, o órgão de controle teria, nesses casos, de considerar hipóteses de comparação substitutivas igualmente gerais, tarefa que é primordialmente conferida ao órgão democraticamente eleito. Ou seja, quanto mais ampla e geral a competência conferida pelo texto constitucional à criação legislativa, menor será a força da prova da proporcionalidade.<sup>651</sup> Quanto mais tais parâmetros gerais da medida legislativa forem concretizados, seja pela administração pública ou pelo Poder judiciário, tanto mais a prova da necessidade volta a ganhar força. Nessas hipóteses, mesmo que, ao conferir concreção a um preceito legal, a Administração se mantenha no interior da competência a ela conferida por lei, o meio interventivo por ela utilizado pode ser excessivo e, nesse caso, deverá ser declarada sua inconstitucionalidade.<sup>652</sup>

Com base em tais critérios de diferenciação, a comparação de hipóteses de restrição do teste da necessidade passa a ser realizada com base em parâmetros jurídicos e dogmáticos: a intervenção em um direito com reserva simples será, em regra, menos intensa que a restrição em um direito com reserva qualificada, que, por sua vez, na escala de intensidades, se encontra abaixo da gravidade da intervenção realizada em direitos sem reserva. Um exemplo dessa gradação de intensidades, que reflete na operacionalização do teste da necessidade, se encontra nas hipóteses de regulamentação e restrição à liberdade profissional. Nesse caso, a teoria dos níveis, que escalona as exigências para a justificação das diferentes hipóteses de intervenção em tal direito fundamental, é uma consequência da previsão constitucional que condiciona o exercício, mas não a escolha, da profissão, à regulamentação por lei.<sup>653</sup> Necessidade é, nesse caso, o teste comparativo que, com base nos requisitos apresentados pelo texto constitucional, afere se a intervenção estatal

---

<sup>651</sup> Com fundamentos diversos, mas chegando à mesma conclusão: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 587 e ss; Peter Lerche, “Grundrechtsschranken”, p. 785. Com indicações jurisprudencias nesse sentido: Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht*, p. 43 e ss.

<sup>652</sup> No mesmo sentido, afirmando que essa conclusão é fundamentada na vinculação de todos os órgãos de estado às normas constitucionais: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 210 e 211. Similar e afirmando que tal conclusão levaria à superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta a análise de inconstitucionalidades reflexas: Leonardo Martins, “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade”, p. 31. A crítica é correta sobretudo porque, ao afastar a análise de intervenções administrativas concretas das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal deixa descoberta a proteção dos direitos fundamentais justamente no ponto em que a prova da proporcionalidade teria maior força analítica e vinculante. Há ainda contradição entre tal orientação e a fundamentação da prova, corrente na jurisprudência dessa Corte, no devido processo legal e na ideia de Estado de Direito, pois tanto a intervenção legislativa quando a administrativa estão vinculadas a esses dois parâmetros constitucionais.

<sup>653</sup> Sugerindo, por isso, que a teoria dos níveis seja ampliada na análise de todos os casos de restrição de direitos fundamentais: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 822.

realizada em um nível mais alto da escala constitucional poderia ter sido realizada em um nível mais baixo. Caso em que, se for necessário realizar a análise posterior da proporcionalidade em sentido estrito, essa avaliação ocorrerá no interior do nível definido pelo teste da necessidade.

A esse parâmetro normativo do teste da necessidade podem ser somados parâmetros dogmáticos, como os contidos no direito à igualdade. Assim, distinções, que representem também restrições à liberdade laboral, serão tão mais intensas quanto mais se aproximem de características pessoais ou que digam respeito à raça, cor ou orientação religiosa e sexual do afetado.<sup>654</sup> Somados aos parâmetros constitucionais de aferição da intensidade da intervenção estatal na liberdade, o critério adicional da igualdade indicará que, dentre as diferentes hipóteses de intervenção possíveis no livre exercício da atividade profissional, aqueles que tenham por base características relacionadas à cor, origem, sexo ou orientação pessoal do afetado têm maior grau de intensidade que as que sejam fundamentadas em características objetivas, como o grau de formação ou a experiência profissional. Nesse caso, necessidade indica que, dentre diferentes hipóteses de intervenção no exercício da liberdade, há que se preferir as que, realizando distinções e classificações entre profissionais, tenham por fundamento aspectos objetivos, ou seja, não pessoais, dos destinatários da norma. Distinguir com base em aspectos pessoais quando era possível realizar a mesma operação utilizando características objetivas é, assim, uma intervenção desnecessária e, por isso, inconstitucional.<sup>655</sup>

---

<sup>654</sup> Cf., a esse respeito, o que foi exposto no item C.III.a desta tese e também: Stefan Huster, “Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, p. 544; Lothar Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit”, p. 152.

<sup>655</sup> Por isso, não tem sentido a afirmação corrente de que, ao julgar uma demanda em que se discutia a discriminação realizada por uma companhia aérea francesa em desfavor de empregados brasileiros, o Supremo Tribunal Federal aplicou os direitos fundamentais em relações horizontais, ou entre particulares. O fato de que tal caso envolvia dois particulares é uma obviedade. A questão é se poderia ser de outra forma. E não é justamente o fato de autor e réu da ação serem particulares que faz incidir o parâmetro constitucional da igualdade? Afinal, se em um desses polos estivesse o Estado, não haveria nem mesmo a possibilidade de se cogitar no direito à igualdade. Isso indica que tal demanda envolvia uma aplicação corriqueira desse parâmetro, que teria de ser guiada por critérios que dificultem ou impeçam distinções entre trabalhadores fundamentadas estritamente em características de ordem subjetiva. É exatamente o que diz Carlos Velloso, relator dessa ação: “[A] lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos” (RE 161.243/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 29 de outubro de 1996). Sem perceber tais peculiaridades dogmáticas, a literatura constitucional recorre com frequência a esse caso para afirmar que, no Brasil, se adota a “teoria da eficácia horizontal direta”. Nessa linha: Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 251; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 485. Não há dúvida de que a eficácia do direito à igualdade é, realmente, direta. Falta comprovar por que e em que sentido ela é horizontal.

Enfim, esses parâmetros dogmáticos de orientação podem ser suplementados por dados empíricos e práticos. Aqui, será necessário verificar se a intervenção estatal está ou não de acordo com a orientação jurisprudencial que trata da matéria. Julgamentos constantes e jurisprudências sedimentadas criam expectativas de continuidade. Esse é um dos fundamentos desse parâmetro de orientação: comparativamente, a intervenção estatal que esteja de acordo com tal prática será menos intensa e deve ter preferência à medida que contrarie essa orientação jurisprudencial. Aqui, da mesma forma que ocorre com a presunção da adequação entre meios e fins, a orientação sedimentada pelos tribunais pode ser superada, desde que se comprove sua incorreção. Nesse caso, a necessidade age como fator adicional de estabilização da jurisprudência sedimentada: a intervenção que, podendo manter a orientação interpretativa fixada pelos tribunais, contrarie esse parâmetro, será uma intervenção desnecessária e inconstitucional.<sup>656</sup> Somados, todos esses elementos de estabilização conferem concreção e direcionamento à prova da necessidade, que não é mais uma simples aferição de diferentes hipóteses de otimização fática realizadas pelas medidas interventivas. Definitivamente, ela é um teste normativo e analítico.

David Bilchitz vê na utilização de tais parâmetros de orientação e na alteração dos graus de intensidade da prova da necessidade uma hipótese de ponderação interna a esse teste, por ele denominada de ponderação limitada, ou restrita, em oposição àquela realizada no teste da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>657</sup> Todavia, mesmo nessas hipóteses, não parece haver uma ponderação de princípios e valores constitucionais. Isso porque, assim como ocorre no teste da proporcionalidade em sentido estrito, nesse caso o parâmetro de controle não deve ser a otimização de valores e ou direitos em colisão. Aqui também a avaliação das hipóteses de restrição é guiada pela finalidade de defesa da prova.

Assim, o que se busca com o teste da necessidade não é aferir se o Estado considerou todas as peculiaridades do caso e encontrou o meio interventivo que,

---

<sup>656</sup> Mais uma vez, o direito vivente entra em cena. Mas, nesse caso, sua função não é somente de contenção das possibilidades de interpretação e, em consequência, de limitação das hipóteses de aplicação das técnicas interpretativas de controle de constitucionalidade. Aplicado em conjunto com teste da necessidade, o direito vivente adquire também a função de contenção e manutenção de expectativas dos eventuais destinatários da norma restritiva e, por isso, assume também a função de defesa dos indivíduos contra intervenções em direitos que alteram a orientação do direito vivente, quando era possível mantê-la.

<sup>657</sup> David Bilchitz, "Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach", p. 59. De forma similar: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 750. Até mesmo Robert Alexy parece ter relativizado a exigência de que, para serem avaliados no teste da necessidade, os meios comparados tenham igual eficiência em relação ao fim da intervenção, pois, para ele, os meios devem ter "em termos gerais" (*broadly speaking*) o mesmo grau de adequação. Cf. Robert Alexy, "Constitutional rights, balancing and rationality", p. 135.

comparativamente, se mostra menos intenso de todos. Decisivo é, ao contrário, saber se há uma disparidade tal entre os graus de intervenção das medidas implementada e substitutiva, que torne a decisão estatal excessiva e abusiva. Nesse sentido, com propriedade, Rudolf Wendt afirmou que se trata nesse ponto de saber se uma pequena alteração para menos no grau da adequação resulta em uma grande promoção da liberdade ou direito restringido pela medida estatal.<sup>658</sup> Se for esse o caso, a opção estatal pela medida mais restritiva, que apresente pouquíssimo ganho no que diz respeito à adequação comparativa, é em si mesma uma decisão excessiva e, por isso, desproporcional. Nisso não há ponderação ou colisão de direitos. Há, ao contrário, simplesmente a manutenção da função de defesa da prova, que, com isso, ganha em relevância prática e é reconstruída em seu significado dogmático e constitucional.

## V. Proporcionalidade em sentido estrito

### a. Proporcionalidade contra necessidade

Das considerações anteriores surge uma questão terminológica adicional: afinal, qual a diferença entre proporcionalidade em sentido estrito e necessidade? O problema, que nesse caso não é só terminológico mas também conceitual, decorre da atribuição de conteúdo material, ou seja, jurídico e normativo, ao teste da necessidade. Como, em geral, esse teste é concebido em termos puramente fáticos, tal virada conceitual ocasionaria a identificação – no limite, a confusão – das duas técnicas de controle. Nessa linha, Manfred Gertz sustentou que a avaliação de divergentes parâmetros jurídicos e diferentes níveis de controle, que resultaria na possibilidade de aferir, no interior do teste da necessidade, se o ganho em liberdade e proteção dos direitos fundamentais não está em desacordo com o nível de promoção da finalidade perseguida pelo estado, eliminaria a possibilidade de distinção entre os testes da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>659</sup> Em certo

---

<sup>658</sup> Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 467. Similar: Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 39 e 40.

<sup>659</sup> Manfred Gertz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1604. No mesmo sentido, criticando a jurisprudência canadense e afirmando ser essa a razão de inexistirem julgamentos desse país em que se tenha aplicado o teste da proporcionalidade em sentido estrito: Paul Yowell, “Proportionality in



sentido, essa crítica se assemelha à defesa da ponderação realizada pelos partidários da teoria dos princípios. Ponderar e valorar, dizem esses autores, são operações inevitáveis no direito. Assim, para que o teste como um todo ocorra de forma mais transparente, é melhor separar os momentos em que avaliações puramente fáticas ocorrem daqueles em que também valores jurídicos passam a ter de ser considerados.<sup>660</sup>

Por duas razões, tal crítica deve ser afastada. Primeiro, é artificial dizer que a proporcionalidade é uma prova argumentativamente estruturada, quando, na prática, toda análise de questões e problemas jurídicos é transferida para a última etapa da prova. Ahron Barak, por exemplo, segue o pressuposto de que a necessidade é um teste puramente empírico e que toda e qualquer valoração jurídica deve ser reservada para a última etapa da prova da proporcionalidade.<sup>661</sup> Assim, qualquer variação no grau de eficácia das medidas comparadas ou até mesmo a avaliação de direitos outros que não os determinados pela autoridade estatal no momento da promulgação da intervenção são consideradas questões proibidas na análise do teste da necessidade. Para utilizar a metáfora de Rudolf Wendt, para quem a orientação da jurisprudência constitucional faz da adequação um teste cego,<sup>662</sup> tal interpretação da necessidade faz dessa etapa da prova da proporcionalidade um teste mudo, que tem a capacidade de ver e analisar determinados problemas jurídicos da intervenção estatal, mas está impedido de dizer quais são eles. O resultado paradoxal dessa orientação é a concentração da análise de todos os problemas e questões juridicamente relevantes na etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Inflado, esse teste tem então de ser concebido como uma prova geral e ampla, que considera todas as circunstâncias importantes ao caso e simplesmente pondera direitos, valores, ou interesses, sem ter nenhum ponto normativo de orientação. Com tantas expectativas depositadas em um só teste, não admira que ele gere tamanha controvérsia,<sup>663</sup> nem que se afirme que ele é a porta

---

United States Constitutional Law”, p. 93. Similar: Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, p. 395 e ss.

<sup>660</sup> Críticos, nessa linha, da avaliação normativa realizada no interior do teste da necessidade, por considerarem haver nisso uma transferência do conteúdo do teste da proporcionalidade em sentido estrito: Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, p. 13 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 98 e ss.

<sup>661</sup> Nesse sentido: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 325.

<sup>662</sup> Cf. Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 449.

<sup>663</sup> Para uma apresentação dos problemas gerados pela aplicação descontrolada e ampla da ponderação: Joachim Rückert, “Abwägung - die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs”, p. 919 e ss.; Christian Hillgruber, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechprechung des Bundesverfassungsgericht nach 60 Jahren”, p. 962 e ss. Especificamente acerca dos problemas do modelo analítico criado pela teoria dos princípios: Philipp Reimer, “... und Macht zu Jüngern alle Volker?”, p. 31 e ss.

de entrada e a ocasião para o julgador mascarar suas preferências pessoais com termos e metáforas jurídicas.<sup>664</sup>

Na verdade, a função prática e dogmática de tal crítica é simplesmente ilusória, pois ela afirma, ao mesmo tempo, que a proporcionalidade é um teste analiticamente estruturado, mas transfere para a ponderação a decisão de toda e qualquer questão jurídica relevante e controvertida.<sup>665</sup> Nulas juridicamente, a adequação e a necessidade passam, então, a ser vistas como passos secundários ou como manifestações simplificadas da ponderação que ocorre no final da proporcionalidade.<sup>666</sup> Se, contudo, a distinção teórica entre necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que se baseia a crítica é, na prática, tão precária, qual é o ganho dogmático em afirmar que, em teoria, esses testes podem ser distinguidos? A segunda razão que leva a afastar a crítica é que, mesmo orientados por parâmetros e orientações normativos, os testes da proporcionalidade em sentido estrito e da necessidade podem ser separados. Na verdade, o critério que separa tais testes não está na descrição teórica das características de cada um deles, e sim no modo que cada uma dessas técnicas é operacionalizada. Na necessidade, diferentes opções de intervenção são comparadas com a finalidade de evitar excessos e abusos no exercício do poder estatal. Necessidade é, assim, um teste dinâmico. A proporcionalidade em sentido estrito, ao contrário, contém uma avaliação de só um meio, que é confrontado com a finalidade da intervenção. Ou seja, nesse caso, o teste é estático.<sup>667</sup>

Com vista ao mesmo objetivo, cada uma dessas técnicas oferece, assim, uma perspectiva diferente para a análise dos limites do exercício do poder estatal.<sup>668</sup> Justamente por isso, como já foi aqui constatado, não é possível dizer qual desses testes tem preferência ou antecede o outro. Tanto é possível que uma intervenção necessária seja desproporcional, quanto que uma medida proporcional é desnecessária. No primeiro caso, a norma analisada não pode ser substituída por outra menos restritiva, que tenha grau de eficácia similar em relação ao fim ao apresentado pela intervenção realizada. Mas nada

---

<sup>664</sup> Cf., nesse sentido: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 315; Renata Camilo de Oliveira, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, p. 205.

<sup>665</sup> Crítico, nessa linha e com tais fundamentos, da orientação jurisprudencial portuguesa: Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 748 e 749.

<sup>666</sup> Similar quanto a esse ponto, criticando os argumentos de Dieter Grimm contra o modelo canadense da proporcionalidade: David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Toward a Balanced approach”, p. 58.

<sup>667</sup> Nessa linha: Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 77.

<sup>668</sup> Cf. Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 223.

impede que, mesmo sem poder ser substituído, o meio implementado seja abusivo e excessivo. Na segunda hipótese, o meio implementado não é em si mesmo abusivo ou excessivo, mas ele pode, sem maiores prejuízos para a realização da finalidade estatal, ser substituído por uma medida similar, mas menos restritiva.<sup>669</sup> Lado a lado, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade são, portanto, dois testes jurídicos, que, por isso mesmo, utilizam parâmetros normativos e dados empíricos para alcançar a finalidade a que se propõem. Não são passos lógicos e teoricamente concatenados para alcançar o maior grau de racionalidade possível. São, ao contrário, diferentes barreiras de contenção do excesso e do abuso do poder estatal, e técnicas diversas, igualmente voltadas para a proteção dos direitos individuais.

## **b. Características e questões da prova**

Inexistente no modelo original do teste da proporcionalidade e contestado por ser visto como o elemento mais inseguro e a porta de entrada para decisões carregadas de subjetivismo, a proporcionalidade em sentido estrito se tornou um grande depósito de esperanças e, ironicamente, inseguranças jurídicas. Ponderar e valorar são operações inevitáveis e ubiqüitárias ao direito, dizem seus defensores.<sup>670</sup> Assim, a proporcionalidade em sentido estrito se torna o método jurídico por excelência ou, então, a operação em que todas as potencialidades do raciocínio jurídico são condensadas. Concebida em termos teóricos e abstratos como o teste em que pesos relativos de valores em conflito são avaliados,<sup>671</sup> a proporcionalidade em sentido estrito passa a ser o elemento essencial da prova, com base no qual as mais diversas funções dos direitos fundamentais podem ser

---

<sup>669</sup> Nesse sentido, dentre outros: Peter Wittig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, p. 817.

<sup>670</sup> Sustentando que a ponderação é um elemento necessário de uma sociedade multicultural e conflituosa: Aharon Barak, *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, p. 345. Na mesma linha, a conhecida passagem do mesmo autor, que, atuando como presidente da Suprema Corte de Israel no caso em que se autorizou a execução de civis pela autoridade militar israelense, disse: “Apesar das dificuldades da ponderação, não há outra escolha senão aplicá-la” (HCJ 769/2002, *The public Committee against Torture in Israel vs. The Government of Israel*, j. 11 December 2005).

<sup>671</sup> Por todos, nesse sentido: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 81. Afirmando que, concebida nesses termos, ou seja, nos termos da lei de colisão da teoria dos princípios, a proporcionalidade em sentido estrito não expressa nada além de uma obviedade: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 41.

derivadas. Proteção deficiente,<sup>672</sup> núcleo essencial,<sup>673</sup> enfim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais,<sup>674</sup> são todas derivações, em maior ou menor medida, da concepção ampla do teste da proporcionalidade em sentido estrito. A importância que se confere a essa prova é tamanha a ponto de se defender sua emancipação em relação aos demais testes que compõem a prova geral da proporcionalidade, pois, ao contrário da adequação e da necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito não estaria presa aos termos da relação entre meio e fim.<sup>675</sup>

Defender essa configuração da prova se torna, então, sinônimo da defesa do próprio direito constitucional. Seus opositores, ao contrário, afirmam que a proporcionalidade em sentido estrito é uma prova desnecessária, com pouca utilidade prática na jurisdição constitucional.<sup>676</sup> Sustentam que as ponderações e valorações contidas nessa prova resultam em julgamentos políticos, que ultrapassam a competência jurisdicional do órgão de controle,<sup>677</sup> e que, ao ponderar direitos fundamentais contra argumentos morais, os tribunais desconsideram a função jurídica dessas normas.<sup>678</sup> Dizem, enfim, que a tentativa de racionalizar e formalizar essa prova eliminaria o conteúdo moral dos direitos fundamentais e os converteria em peças e elementos de uma operação matemática.<sup>679</sup> Em

---

<sup>672</sup> Observando que a proteção deficiente é simplesmente uma decorrência da admissão das ideias de colisão e ponderação de princípios: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 173.

<sup>673</sup> Para a concepção do núcleo essencial dos direitos fundamentais como conceito relativo, ou seja, como consequência da aplicação da proporcionalidade em hipóteses de colisão de princípios: Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 197.

<sup>674</sup> Nessa linha, ponderando a autonomia privada e direitos fundamentais que com ela entrem em colisão: Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 220; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 259 e ss.

<sup>675</sup> Sustentando que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito independe da aferição da relação entre meio e fim da intervenção estatal: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 47; Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 173. Similar: Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 103.

<sup>676</sup> Cf., nesse sentido: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 829. Similar, afirmando que as conclusões tiradas da prova da proporcionalidade em sentido estrito simplesmente repetem as que decorrem da necessidade: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p.

<sup>677</sup> Sustentando que, por força da separação de Poderes, não é dado do Poder judiciário ponderar as decisões e valorações realizadas pelo Poder Legislativo: Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, p. 461, conclusão que, segundo o mesmo autor, não deve ser estendida às decisões dos demais Poderes.

<sup>678</sup> Com diferentes abordagens, sustentando que a ponderação de direitos fundamentais elimina o caráter normativo desses parâmetros constitucionais: Francisco J. Urbina, “A critique of Proportionality”, *American Journal of Jurisprudence*, v. 57, issue 1 (2012): 49-80, p. 62 e ss.; Basak Çali, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, p. 266; Grégoire Webber, *On the Loss of Rights*, p. 19; Timothy Endicott, *Proportionality and Incommensurability*, Legal Research Paper Series, Oxford University, 2013, p. 20 e ss.

<sup>679</sup> A tentativa de fazer da proporcionalidade uma prova em que são avaliados foi originalmente defendida por Hubmann em artigo publicado em 1956: Cf. Heinrich Hubmann, “Grundsätze der Interessenabwägung”,

meio a essa guerra declarada, a proporcionalidade em sentido estrito submerge cada vez mais em incertezas e perplexidades.

Em termos dogmáticos, os problemas da identificação dessa prova com a ponderação de princípios constitucionais estão menos nas inseguranças argumentativas e racionais geradas por tal concepção e mais na instabilidade e nas incertezas de seus parâmetros técnicos. Sobretudo porque as metáforas da ponderação e da colisão de princípios exigem a correção de valores abstratos e concretos, não há parâmetros constitucionais seguros e estáveis que possam guiar a comparação cruzada entre tais valores.<sup>680</sup> Sem poder recorrer a esse elemento de estabilização, a proporcionalidade em sentido estrito se converte em um instrumento voltado a relativizar e flexibilizar normas constitucionais. Com a generalização e a expansão da utilização da ponderação, o dano causado pela proporcionalidade ao trabalho dogmático se intensifica, pois, ao ser concebido como o teste que avalia todas as condições jurídicas e fáticas incidentes no caso, ele substitui as funções de todos os outros parâmetros e técnicas normativas.<sup>681</sup> Fonte de incertezas e uniformizações, não de orientações, a proporcionalidade em sentido estrito, quando identificada com a ponderação de princípios, se torna assim o oposto de todo o esforço dogmático.<sup>682</sup> Enfim, ao ser integrada nessa espiral de relativizações, a prova da proporcionalidade como um todo é deslocada de sua função de defesa e orientação de condutas. Utilizada com fundamento na mera constatação de conflitos de valores e desprovida de parâmetros abstratos e finalidades específicas, ela passa a ser compreendida como a realização de um ideal de justiça, aplicado no caso concreto. *Lex situationis*.<sup>683</sup>

Para que a prova seja recomposta e readquira suas funções dogmáticas, é preciso rever o pressuposto básico da concepção da proporcionalidade em sentido estrito, que é a

---

*AcP* 155 (1956): 85-134. Crítico a esse respeito, afirmando que Hubmann não consegue demonstrar a existência de uma relação cardinal entre valores de direitos fundamentais: Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 102 a 105.

<sup>680</sup> A esse respeito: Florian Windisch, “Abwägung: total, formal oder strukturiert?”, p. 71. Direto ao ponto, observando que os pontos de orientação, ou comparação, escolhidos pelos defensores da ponderação são, em si mesmos, incomparáveis: Timothy Endicott, *Proportionality and Incommensurability*, p. 8.

<sup>681</sup> Identificando a tendência à uniformização de conceitos e técnicas dogmáticas como um dos problemas da utilização da ponderação: Fritz Ossenbühl, “Maßhalten mit dem Übermaßverbot”, p. 157; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 201. Na mesma linha, afirmando que uma teoria que concentre todos os mecanismos jurídicos de interpretação em uma só técnica pode ser elegante, mas é também irrealista: Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the age of Balancing”, p. 1003.

<sup>682</sup> Nessa linha: Jochen von Bernstorff, “Proportionality without ad hoc balancing”, p. 70.

<sup>683</sup> Nesse sentido, afirmando que, ao incorporar a ponderação, a proporcionalidade se torna a lei da situação: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III. 2, p. 833; Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 240.

fonte geradora do debate acalorado a seu respeito. É necessário saber se é realmente possível construir um novo modelo, em que, sem se identificar com a ponderação, o último passo da prova geral da proporcionalidade volte a ter relevância prática e orientação dogmática. Um modelo e uma concepção que devem ser, portanto, guiados pelas funções específicas da proporcionalidade e por parâmetros abstratos e jurídicos, contidos e baseados em previsões normativas, que são desenvolvidos e atualizados, um a um, pelo trabalho interpretativo da dogmática. As bases desse modelo são apresentadas no item final desse trabalho. Seu desenvolvimento posterior é uma tarefa reservada a trabalhos futuros, que voltem suas atenções para a tarefa árdua, metódica e pormenorizada, que pode levar à reconstrução e ao renascimento da proporcionalidade.

### c. Proposta de reconstrução

Os pressupostos elementares da reconstrução da proporcionalidade em sentido amplo já foram apresentados. Redirecionada para seu curso original,<sup>684</sup> essa prova não tem mais o caráter generalizante e indeterminado que lhe foi atribuído pela jurisprudência dos valores e pela teoria dos princípios. Ela tem finalidade e objetivo específicos: proteger os titulares dos direitos fundamentais contra intervenções estatais excessivas. Por isso mesmo, sua aplicação se restringe aos casos em que a medida interventiva comprovadamente exista. Não é o que ocorre quando se trata de avaliar a promoção de direitos sociais ou a criação de instituições públicas. Nesses casos, o controle de proporcionalidade se afasta e dá lugar ao debate democrático ou a outras formas de controle jurídico de omissões estatais.<sup>685</sup> Em todos os pontos da análise aqui desenvolvida, tais características e objetivos da prova estavam presentes. Não é diferente o que ocorre com proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>684</sup> Com base nas noções do direito policial e na ideia de excepcionalidade do controle do exercício de atos discricionários, von Krauss sustentou que o controle jurisdicional de proporcionalidade é guiado pelas ideias de arbitrariedade e desproporção evidente e crassa (*offenbarem oder krassen Mißverhältnis*) entre os efeitos da intervenção na liberdade individual e seus ganhos para o interesse público: Cf. Ruprecht v. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, p. 16. Critérios semelhantes, que utilizam parâmetros como “a manifesta preponderância do favoritismo” ou “a autoridade [que] exorbitou”, foram utilizados por Victor Nunes Leal para determinar a intensidade do controle jurisdicional. Passagens citadas: Victor Nunes Leal, “Poder discricionário e ação arbitrária”, p. 292.

<sup>685</sup> De longa data, sustentando que a proporcionalidade não tem aplicação ou influência no controle estatal da atividade econômica: Peter Lerche, *Übermass im Verfassungsrecht*, p. 146. Recentes e na mesma linha: Walter Krebs, “Zur verfassungsrechtlichen Verrottung und Anwendung des Übermassverbotes”, p. 234; Andreas von Arnould, *Die Freiheit und ihre Schranken*, p. 230.

Libertado das metáforas da colisão e da ponderação de princípios e valores, esse teste volta a ser um exame de excessos de intervenção, que, por isso mesmo, independe da consideração dos pesos relativos dos valores em jogo.<sup>686</sup> O que se avalia nessa etapa não é mais a harmonização ou a otimização dos direitos fundamentais afetados pela medida estatal. Seus parâmetros de controle são, ao contrário, a desproporção, o excesso e a arbitrariedade da medida restritiva.<sup>687</sup> Lothar Hirschberg critica essa orientação. Tal formulação da prova, por ele denominada de sentido negativo da proporcionalidade em sentido estrito,<sup>688</sup> levaria à criação de uma zona cinzenta de proteção dos direitos fundamentais, em que, apesar de o magistrado constatar a desproporção dos valores em colisão, não pode julgar a inconstitucionalidade da norma avaliada. A feição negativa da proporcionalidade em sentido estrito se identificaria, por isso, com a contenção da intensidade do controle exercido pelo Judiciário.<sup>689</sup>

Há dois problemas nessa crítica. Primeiro, se existem ou não zonas cinzentas, em que a prova da proporcionalidade não tem aplicação, é uma questão que deve ser resolvida pela definição da extensão e sentido da proteção constitucional de cada direito fundamental. Enquanto prova jurídica dos limites da intervenção estatal nesses conteúdos, a proporcionalidade não tem o poder de criar maiores ou menores níveis de proteção. Nem de transformar zonas cinzentas em claras ou escuras. Ela simplesmente reflete os conteúdos protegidos já existentes e, com base nesses parâmetros, contém eventuais ações estatais que interfiram nesse âmbito. Dessa forma, a proporcionalidade passa a servir também como um indicativo da margem de liberdade do Legislador, pois a intensidade e a extensão do teste aplicado são pontuais e se relacionam com o conteúdo específico protegido por cada direito fundamental. Sem estar ligada à busca pela otimização, a proporcionalidade volta a ser, assim, uma técnica a serviço da separação dos Poderes.

---

<sup>686</sup> No mesmo sentido, com base na jurisprudência norte-americana e sul-africana: Jochen von Bernstorff, “Proportionality without ad hoc balancing”, p. 83.

<sup>687</sup> Utilizando tais parâmetros: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 325; Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 575; Friedrich E. Schnapp, “Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs”, p. 852; Fritz Ossenbühl, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte”, p. 619; Manfred Gentz, “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, p. 1604, Uwe Langheineken, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 35.

<sup>688</sup> Adotando essa mesma terminologia, mas falando em ponderação negativa, que ocorreria quando a prova da proporcionalidade se dirige à avaliação e possível invalidação de decisões prévias. Nesse sentido, a ponderação negativa se opõe à positiva, que, segundo da mesma autora, é a ponderação propriamente dita, que decorre diretamente da relação de precedência condicionada dos princípios constitucionais: Cf. Laura Clérico, *El Examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, p. 209 a 212.

<sup>689</sup> Cf. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 96.

Por sua vez, o argumento de que a feição negativa da prova é simplesmente um apelo à contenção da intensidade do controle exercido pelo órgão jurisdicional tem fundamento em uma constatação correta, mas dela infere consequências problemáticas, que, aplicadas à proporcionalidade, são erradas. Certa, nesse caso, é a constatação de que, como todos os órgãos estatais estão igualmente vinculados aos parâmetros constitucionais que garantem direitos fundamentais, não é possível determinar e distinguir, em abstrato e sem nenhuma base normativa, os níveis de vinculação diferentes dos direitos em função de seus destinatários.<sup>690</sup> Para que haja uma variação desse grau de vinculação é preciso, ao contrário, que o próprio conteúdo normativo do parâmetro indique uma distinção. É o que ocorre no caso da comparação entre atos legislativos e executivos: nesse caso, a amplitude do parâmetro normativo, que, no segundo caso, é legal e, no primeiro, constitucional, é o fator determinante dos diferentes níveis de intensidade da vinculação da prova da proporcionalidade.<sup>691</sup>

O problema se agrava quando o que está em questão é a distinção entre o legislativo e os tribunais competentes para realizar o controle de constitucionalidade, seja pela via principal ou incidental, pois ambos se encontram vinculados aos mesmos parâmetros: as normas constitucionais. A distinção entre normas de controle e normas de ação foi uma das propostas para que esse problema fosse solucionado. Com isso, procurou-se distinguir, com base em um parâmetro abstrato, as extensões e os limites dessas competências.<sup>692</sup> Não admira que tal distinção tenha sido tão duramente criticada, pois ela

---

<sup>690</sup> Com razão, nesse sentido: Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, p. 193. Problemática, portanto, a proposta de Sebastian Lenz, que, afastando a possibilidade de colisões abstratas de direitos fundamentais e com base na distinção entre configuração e intervenção no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, sustenta que o legislador civil não se encontra vinculado a parâmetros constitucionais: Cf. Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, p. 188 e ss. Parece ser mais coerente com o texto constitucional preservar o pressuposto de que todos os atos do Poder público que afetem o conteúdo protegido por parâmetros constitucionais, não importa a área ou matéria, estão em alguma medida vinculados aos parâmetros constitucionais. O que pode ocorrer é a variação da intensidade da vinculação do trabalho do Legislador em função da generalidade da norma editada e, conseqüentemente, do grau de intervenção que dela decorre. Nessa linha, com base na jurisprudência constitucional: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 269.

<sup>691</sup> Cf. Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, p. 451.

<sup>692</sup> O critério que determina tal distinção é funcional. Normas de controle são as que vinculam a atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade. Normas de ação são aquelas que vinculam o legislador. O detalhe é que a mesma norma, quando aplicada por órgãos diferentes, pode assumir feições e níveis de vinculação diferentes. Klaus Schlaich e Stefan Koriöth ilustram tal distinção com o exemplo do direito geral de igualdade: enquanto norma de ação, esse parâmetro constitucional exige que o Legislador trate iguais como iguais e desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade. Como norma de controle, ao contrário, a igualdade incide só quando a norma confrontada com tal parâmetro for arbitrária (Cf. Klaus Schlaich/ Stefan Koriöth, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 312). Mesmo nesse caso, a distinção é problemática, pois o controle de igualdade também assume diferentes aspectos e intensidades em função da



admite que, mesmo quando as normas constitucionais sejam aplicáveis ao caso, o órgão de controle poderá, considerando o maior grau de legitimação do legislador, deixar de utilizar esses parâmetros jurídicos. Algo semelhante ao que ocorre quando a teoria dos princípios insere a noção de princípios formais no debate a respeito do âmbito de liberdade do legislador: aqui também se afirma que, mesmo quando os parâmetros constitucionais, que, nesse caso, foram transformados em princípios, indiquem uma solução para o conflito, o órgão de controle deverá se abster de exercer sua competência por força da deferência à competência legislativa.<sup>693</sup>

Mas é exatamente o oposto que ocorre quando a proporcionalidade passa a ser concebida como prova negativa, voltada a conter intervenções estatais. O pressuposto básico dessa concepção é que a proporcionalidade não se encontra mais vinculada ao pensamento de valores objetivos ou princípios, entendidos como mandamentos de otimização. Ela é um instrumento jurídico, ativado quando e na medida em que o Estado interfere no exercício de garantias pontuais de direitos previstos no texto constitucional. Para que ela seja aplicada, não é necessário, assim, pressupor a distinção entre normas de controle e normas de ação. Os parâmetros constitucionais, seus sentidos específicos e definições, já resolveram esse problema com base em parâmetros precisos: quando e na medida em que o texto constitucional e seu sentido normativo e dogmático indicar que o Legislador está vinculado ao conteúdo do direito fundamental, que, nesse caso, não pode mais ser compreendido como valor ou norma objetiva, a competência de controle de constitucionalidade será realizada em sua integridade. Caso contrário, ou seja, uma vez que os parâmetros constitucionais e dogmáticos silenciem a esse respeito, o ato legislativo de criação do direito ocorrerá com toda liberdade.

Em sua lógica e sentido, esse modelo se opõe ao adotado pelas teorias que veem os direitos fundamentais como valores ou princípios. Uma vez que as normas constitucionais voltaram a ser vistas como parâmetros de proteção de direitos subjetivos e não são mais equiparadas a valores objetivos, a ação do Legislador deixa de ser, em princípio, vinculada. Ao contrário, ela é, em regra, livre e só pode ser limitada quando a Constituição apresente

---

configuração do parâmetro normativo constitucional e também em função do direcionamento da ação discriminatória. Com isso, o sentido e a configuração da norma de ação terminam por influir na intensidade e na incidência da norma de controle, e a distinção deixa, assim, de ter relevância.

<sup>693</sup> Nessa linha: Shu-Perng Hwang em: “Verfassungsgesgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?”, p. 619; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 83; Klaus Meßerschmidt, “Diskussionsbeitrag”, *VVDStRL* 61 (2002), p. 179.

barreiras específicas ao seu exercício.<sup>694</sup> A feição negativa da prova, que busca afastar e conter abusos do exercício do poder estatal de intervir, é simplesmente um reflexo dessa orientação. Mas, ao mesmo tempo em que espelha essa liberdade de criação do Legislador, a proporcionalidade também indica e efetiva os limites excepcionais a que ele se encontra sujeito. Instrumento de defesa, a proporcionalidade simplesmente exige que o Estado justifique a intervenção nesses conteúdos e, para isso, trabalha com parâmetros fixos definidos pela relação entre medida estatal restritiva e sua finalidade.<sup>695</sup> Enfim, sem recorrer às metáforas da ponderação de valores, o parâmetro de controle volta a ser único e direto: contenção de excessos. E nesse ponto a proporcionalidade se distingue da noção de concordância prática, que, com fundamento na ideia de unidade da Constituição, se destina a aferir a harmonização e a otimização de normas constitucionais sem reserva legal.<sup>696</sup>

Tal configuração da proporcionalidade pode ser denominada prova negativa em oposição ao modelo positivo, que, combinado com a ponderação, identifica os atos de interpretação e criação de direito realizados pelo órgão de controle.<sup>697</sup> No caso da prova negativa não se trata mais de buscar que níveis ótimos de ponderação, ou de harmonização, de princípios ou valores em colisão sejam alcançados. Nessa configuração, a prova se afasta da busca de um ideal de racionalidade que legitime o ato de ponderação e a consequente expansão da competência jurisdicional de controle. Proporcionalidade é agora uma técnica e um instrumento de contenção de ações estatais restritivas do conteúdo protegido por direitos fundamentais e voltou, assim, a ser considerada um instrumento jurídico de controle de constitucionalidade, entre tantos outros.<sup>698</sup> Mas, como todas as técnicas de controle, sem distinção, são guiadas pela ideia da competência sancionatória, ou negativa, do órgão jurisdicional de controle, não tem sentido dizer que a proporcionalidade é uma técnica de controle negativa, quando todos os instrumentos de controle detêm essa mesma característica. Ao invés de chamar tal configuração da

---

<sup>694</sup> Dentre outros, defendendo esse modelo: Christian Bumke, *Das Grundrechtsvorbehalt*, p. 168; Reiner Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, p. 505.

<sup>695</sup> Identificando essa configuração da proporcionalidade com sua origem no direito policial: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, p. 53.

<sup>696</sup> Nessa linha, acentuando essa distinção: Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, p. 576. Em sentido diverso, propondo a integração da ideia de concordância na prova da proporcionalidade: Marcus Schladebach, “Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip”, p. 273.

<sup>697</sup> Para uma crítica dessa identificação, com foco na proposta da teoria dos princípios: Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung durch Gesetz*, p. 232 e ss.

<sup>698</sup> Semelhante: Dimitri Dimoulis/ Leonardo Martins, *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*, p. 180.

proporcionalidade de prova negativa, é melhor, portanto, denominá-la simplesmente modelo dogmático, que, nesse sentido, se opõe ao modelo teórico e universal da proporcionalidade.

Sem depender da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito pode então solucionar um problema que assola o modelo teórico. A questão da incomensurabilidade de valores simplesmente desaparece quando se adota o sentido dogmático da prova. Nesse caso, afinal, não se procura mais encontrar a justa medida e determinar os pesos relativos dos princípios ou valores dos direitos fundamentais em colisão. Incomensurabilidade, entendida como ausência de uma escala cardinal de valores, ou incomparabilidade, entendida como a situação em que dois ou mais valores não podem ser relacionados a um elemento comum, não são mais a questão central da prova.<sup>699</sup> Importante é saber se a intervenção ultrapassou a barreira do excesso, e esse limite é determinado pela proteção constitucional do direito, isoladamente.<sup>700</sup> Basta, então, avaliar as situações anteriores e posteriores à intervenção estatal no conteúdo do direito fundamental e considerar o sentido normativo desse parâmetro constitucional para concluir se há ou não uma intervenção excessiva. Recorrendo à jurisprudência constitucional norte-americana e sul-africana, Jochen von Bernstorff apresenta dois casos que ilustram essa configuração da prova. Perseguindo um jovem desarmado, suspeito de ter cometido um assalto, a polícia de Memphis utilizou da força letal, sem que o acusado em nenhum momento tenha demonstrado perigo aos seus perseguidores. A ação policial foi justificada com base de uma lei do Estado do Tennessee, de acordo com a qual oficiais de polícia estão autorizados a utilizar os meios necessários para realizar a prisão de suspeitos.

No julgamento do caso, a Suprema Corte considerou inconstitucionais todas as interpretações dessa norma que autorizassem o uso da força letal quando o acusado não apresente perigo emitente à integridade física de policiais ou outros cidadãos.<sup>701</sup> A identificação do limite do excesso do uso da força independe, portanto, do eventual benefício dessa medida para a ordem ou segurança públicas. Em si mesma, a intervenção

---

<sup>699</sup> Dentre outros, apresentando essa distinção desses conceitos: Cass R. Sunstein, “Incommensurability and Kinds of Valuation”, in: Ruth Chang, *Incommensurability, incomparability, and practical reason*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1997, p. 241.

<sup>700</sup> Em sentido similar, sustentando que, na proporcionalidade, a avaliação das restrições dos direitos é individual e isolada e, por isso, independe de comparações ou ponderações com direitos colidentes: Bruce Chapman, “Incommensurability, proportionality, and defeasability”, *Law, Probability and Risk* 12 (2013): 259-274, p. 268.

<sup>701</sup> *Tennessee vs. Garner* 471 US 1, 2 (1985).

excessiva é inconstitucional.<sup>702</sup> No precedente sul-africano, a Corte constitucional julgou a validade de um dispositivo legal que autorizava a aplicação de açoitamento de jovens como medida de correção. Em defesa do estatuto, a entidade estatal argumentou que a substituição dessa punição pressuporia a formação de pessoal capacitado e gastos que, naquele momento, não podiam ser suportados pelo Governo. Por isso, seguindo os passos do teste da proporcionalidade, a norma foi considerada adequada, por fomentar a segurança pública e também necessária, porque medidas alternativas exigiam custos adicionais. Mas foi declarada a inconstitucionalidade dessa norma, vista pela Corte como desproporcional em sentido estrito e, para chegar a essa conclusão, basta considerar o dano causado por tal intervenção agressiva na integridade física e psicológica dos que a ela são submetidos. Mais uma vez, a ponderação não é necessária.<sup>703</sup> Em ambos os casos, a aplicação da proporcionalidade é guiada pelo sentido de proteção do parâmetro constitucional. Ela desconsidera o valor contraposto ao direito restringido e simplesmente indica que, da forma como foi efetivada, a intervenção é excessiva. Guiada por regras gerais e parâmetros normativos constitucionais, o resultado da prova não é mais, portanto, determinado única e exclusivamente pelas circunstâncias do caso. Proporcionalidade não é mais a simples realização concreta de um ideal de justiça. Orientada pelo conteúdo normativo do parâmetro constitucional, ela também fundamenta a aplicação de casos futuros, pois não importa mais o eventual interesse ou valor que venha a colidir com o resultado do julgamento. Sem estar mais atrelado à ponderação, o teste orienta e fundamenta julgamentos futuros e a proporcionalidade se torna, com isso, um ponto de orientação prático e um fundamento para ação. Não é mais o ponto zero e sim a fonte do desenvolvimento da dogmática.<sup>704</sup>

Mesmo quando a justificação da medida restritiva seja a promoção ou a proteção do conteúdo de outro direito fundamental, em outras palavras, quando a razão da intervenção seja a não intervenção em outro direito fundamental, a prova da proporcionalidade em sentido estrito dispensa o recurso da ponderação. Nesse caso, ocorre simplesmente a duplicação da situação anterior, e a análise da intervenção estatal envolverá duas

---

<sup>702</sup> Critério semelhante, mas relacionado aos limites da liberdade de imprensa, é utilizado pela Suprema Corte norte-americana desde o julgamento do caso *Brandenburg vs. Ohio*, 395 US 444, 447 (1969): limitações e restrições à liberdade de expressão são constitucionalmente autorizadas somente quando o exercício de tal direito represente um perigo concreto e iminente aos interesses de terceiros. Na jurisprudência alemã recente, adotando orientação semelhante: BVerfGE 124, 300 - *Wunsiedel*.

<sup>703</sup> *The State vs. Henry Williams and Others*, CCT/20/94, 1995 (3) SA 632.

<sup>704</sup> Cf. Jochen von Bernstorff, "Proportionality without ad hoc balancing", p. 77 e ss.

avaliações separadas: a do grau de intervenção no direito efetivamente restringido e a da restrição que decorreria da inexistência da medida questionada. Relacionados diretamente com a ação estatal restritiva, os direitos fundamentais não se comunicam diretamente entre si. Eles se direcionam, em paralelo, à ação estatal e impõem ao Estado o dever de justificar a intervenção em seu conteúdo. Aqui a proporcionalidade age, portanto, em cada uma das possíveis restrições da ação estatal e avalia, em separado, se houve ou não excesso. Hipótese que pode ser multiplicada e replicada: quando houver dois, três, quatro, oito direitos fundamentais restringidos pela ação estatal, a proporcionalidade avaliará uma a uma as limitações sob a ótica da contenção do excesso. Mais uma vez não ocorre uma comparação cruzada de valores ou princípios em colisão. Os únicos parâmetros que definem se e quando a norma é desproporcional são o conteúdo do próprio direito e a intensidade da intervenção estatal. Sem ponderação, portanto.<sup>705</sup>

As hipóteses e peculiaridades do conflito podem ser multiplicadas e, com isso, a complexidade da prova é aumentada. Se as múltiplas intervenções se direcionarem a sujeitos em situações simétricas, a prova da proporcionalidade em sentido estrito será aplicada isoladamente e visará simplesmente aferir se houve excessos de intervenções. Se, todavia, a ação estatal se dirigir a indivíduos que se encontram em situação assimétrica, ou seja, quando um dos afetados é mais favorecido que o outro, será possível cogitar a aplicação simultânea da proporcionalidade em sentido estrito e da igualdade. Nessa hipótese, uma das soluções possíveis seria exigir que o controle de proporcionalidade considerasse as distinções e desigualdades existentes e fomentasse, com base e na medida dessa constatação, a simetria entre os afetados. Orientada não só pela noção de excesso, mas também pela busca da eliminação de distribuições assimétricas de direitos, a aplicação da prova levaria à declaração da inconstitucionalidade de medidas não excessivas que contribuíssem para o aumento da situação de desigualdade.<sup>706</sup>

Outra solução dessa mesma hipótese seria considerar que ao Judiciário não é dado interferir em desigualdades quando tais situações não foram geradas pelo próprio Estado. Enquanto parâmetros de defesa, liberdade e igualdade não exigiriam, nesse sentido, que a atividade estatal criasse situações e condições de igual distribuição de direitos na sociedade. Seu objetivo seria somente criar mecanismos e parâmetros jurídicos para que os

---

<sup>705</sup> Nessa linha: Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 201 e 202.

<sup>706</sup> Considerando essa hipótese: Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 215.

indivíduos pudessem autonomamente criar essas condições.<sup>707</sup> Nesse ponto, contudo, o trabalho e a função da proporcionalidade terminam, e entram em cena a concepção e o sentido específico dos direitos constitucionais. Prova de que o objeto dessa investigação foi esgotado, e seu objetivo, alcançado: não devemos mais olhar para o passado ou para um modelo puramente abstrato da prova da proporcionalidade. Importante é agora analisar os pormenores de sua aplicação concreta, que considere o sentido normativo de cada direito fundamental em específico. Assim, em seu futuro, a proporcionalidade não é mais a fonte de suavizações ou nivelções de parâmetros constitucionais.<sup>708</sup> Ela é o caminho para sua reconstrução e revalorização.

## E. Conclusões

Fim do percurso de reconstrução. Libertada de ideais e abstrações, a proporcionalidade agora pode ser reconduzida ao trilho da dogmática. Ela é um instrumento jurídico de contenção do poder, não cria direitos ou deveres, preserva a noção de separação dos Poderes e tem um objetivo específico para sua aplicação: a defesa dos titulares dos direitos fundamentais contra abusos e excessos do poder estatal interventivo. Para chegar a esse resultado, foi preciso voltar às origens do teste, desde sua concepção no direito policial prussiano. Apresentados seus pressupostos e características, em tal feição, a prova se revelou como um instrumento de contenção do exercício abusivo do poder estatal, que tinha variadas aplicações, em função da amplitude da noção material de polícia no direito prussiano. Em um segundo momento, por força de mudanças de orientações políticas e jurídicas, a noção de polícia estatal foi alterada e, com isso, foi desvinculada do teste da proporcionalidade, que foi transplantado para o direito constitucional.

Em seu novo habitat, esse teste encontrou as condições propícias para sua transformação. Noções éticas e morais, a ordem objetiva de valores, direitos em si mesmos ilimitados, a busca da superação de um passado traumático, o direito visto como um instrumento catalisador de mudanças consideradas valiosas pela sociedade, tudo isso formava o amálgama de valores do período de transição constitucional em que a proporcionalidade foi inserida. Intimamente vinculada à ponderação de valores, seu

---

<sup>707</sup> Nesse sentido: Ralf Porcher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, p. 342.

<sup>708</sup> “Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe” (Fritz Ossenbühl, *VVDStRL* 39 (1981) p. 189).