

# **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Paulo Bonavides**

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará

## **1 QUE É A PROPORCIONALIDADE E QUE IMPORTÂNCIA TEM ELA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO EM FACE DE SEUS MAIS RECENTES PROGRESSOS DOUTRINÁRIOS?**

De início, faz-se mister ponderar a advertência de Xavier Philippe de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios. Procede assim a percuciente observação do publicista francês<sup>1</sup>.

Mas não resulta difícil estabelecer em caráter provisório ou preliminar duas noções de proporcionalidade; uma na acepção lata, e outra na acepção estrita; ambas de Pierre Muller, jurista que as expôs numa assembléia da União Suíça de Juristas, celebrada em Zurique nos dias 29 de setembro e 1º de outubro de 1978.

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder<sup>2</sup>.

1 Xavier Philippe, "Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises", Aix-Marseille, 1990, p. 7. Veja-se também Santiago Guerra Filho, "Ensaio de Teoria Constitucional", Fortaleza, 1989, p. 69 e 86.

2 Pierre Muller, "Zeitschrift für Schweizerisches Recht", Band 97, 1978, Basel, p. 531.

Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo<sup>3</sup>.

Nesta última acepção entende Müller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desapropriação entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta<sup>4</sup>.

O princípio da proporcionalidade (“Verhältnismässigkeit”) pretende, por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (“eine Übermasskontrolle”)<sup>5</sup>.

As bases do princípio da proporcionalidade contidas na junção fim e meio, Ermacora foi buscá-la entre as precursoras análises e reflexões exaradas por Von Jehring em dois célebres trabalhos intitulados “O Fim do Direito” (“Der Zweck im Recht”) e a “Luta pelo Direito” (“Der Kampf ums Recht”), ambos do século passado<sup>6</sup>.

Mas Braibant, examinando as bases do princípio e desvendando-lhe a importância, acrescentou um terceiro elemento, a saber, a situação de fato, estabelecendo assim a relação triangular fim, meio e situação, para corrigir insuficiências da dualidade antecedente<sup>7</sup>.

A questão da finalidade porém domina cada ordem jurídica, segundo Ermacora, de tal sorte que todos os sistemas do direito obedecem a um mandamento finalístico. O distinto constitucionalista austríaco faz essa afirmação ostensivamente amparado na mesma tese de Von Jehring.

Do caráter teleológico do Direito infere ele também a questão instrumental; de modo que fim e meio, em razão da regra jurídica, se acham numa conexão normativa e também numa relação sistemática, determinada pelo conjunto do Direito e da Sociedade<sup>8</sup>. Só a reflexão filosófica, diz o constitucionalista, fundamenta a proporcionalidade na relação fim e meio em ordem a

3 Pierre Muller, “Zeitschrift”, ob. cit., p. 218.

4 Pierre Muller, “Zeitschrift”, ob. cit., p. 218.

5 Veja-se Manfred Gentz, “Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen”, NJW, 1968, Heft 35, p. 1600.

6 Felix Ermacora, “Das Verhältnismässigkeitprinzip im österreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention”, in: “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen”, Heidelber 1985, p. 67.

7 Xavier Philippe, ob. cit., p. 64.

8 Felix Ermacora, ob. cit., p. 67.

— O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais

que se possa determinar se tal exigência conduzirá a um princípio geral de direito cristalizado na máxima da proporcionalidade<sup>9</sup>.

Contraditoriamente, depois de asseverar que o princípio da proporcionalidade somente se aplica aos direitos do homem (“Menschenrechte”), e não a todas as categorias ou gerações de direitos – circunscrevendo-se por conseguinte aos chamados direitos de resistência ou defesa (“Abwehrrechte”) – Ermacora logo admite que seu raio de ação se dilata além dos direitos da primeira geração<sup>10</sup>.

Com efeito, há cerca de cinquenta anos, Krueger – ao afirmar que já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais – fizera uma constatação que se nos afigura a descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo da liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz, dos quais o mais importante vem a ser, indubitavelmente, na ordem constitucional de nossos dias, o princípio da proporcionalidade<sup>11</sup>.

Urge fazê-lo alvo, pois, das reflexões mais atualizadas e atualizadoras em matéria de defesa de direitos fundamentais perante o poder do Estado. Com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira geração, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade<sup>12</sup>.

Na década de 70 Grabitz já percebia a “constitucionalização” do princípio da proporcionalidade, bem como o grande influxo que ele começava a exercer no domínio dos direitos fundamentais, resumindo tudo nestas palavras introdutórias a um importantíssimo artigo sobre o tema:

“Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem conseqüência sistemática evidente; desde o “Apotheken-Urteil”, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferi-

<sup>9</sup> Felix Ermacora, ob. cit., pp. 67/68.

<sup>10</sup> Felix Ermacora, ob. cit., p. 68.

<sup>11</sup> Herbert Krueger, “Grundgesetz und Kartellgesetzgebung”, Göttingen 1950, p. 12.

<sup>12</sup> Felix Ermacora, ob. cit., p. 69.

ção da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais”<sup>13</sup>.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual<sup>14</sup>.

Diz Penalva, em oposição a Braibant, que a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar conseqüências jurídicas, porquanto “é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se não de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados”<sup>15</sup>.

Com efeito, “cânone de grau constitucional” com que os juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, “as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos fundamentais”, consoante assevera ainda o mesmo publicista espanhol<sup>17</sup>, o princípio da proporcionalidade assume, de último, importância que só faz crescer, qual se depreende do estudo de Stelzer, constante da mais recente bibliografia austríaca de direito constitucional, e estampado em 1991<sup>18</sup>.

Não cabe discutir, de imediato, se o princípio da proporcionalidade é “princípio normativo” (Hotz) ou “princípio aberto” (Stern) ou seja “informativo” (Zimmerli) na linha classificatória, terminológica e conceitual estabele-

13 Eberhard Grabitz, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, AöR, 1973/4 98, pp. 569/570.

14 Ulrich Zimmerli, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht”, in: “Zeitschrift”, ob. cit., p. 9.

15 Ernesto Pedraz Penalva “Constitución, Jurisdicción y Proceso” Madrid, 1990, pp. 342/343.

16 E. P. Penalva, ob. cit., p. 342.

17 E. P. Penalva, ob. cit., p. 342.

18 Manfred Stelzer, “Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, Wien/New York 1991.

— O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais cida por Esser, admitida por Alexy e consagrada por Larenz e alguns juristas alemães<sup>19</sup>.

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa com os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS ELEMENTOS PARCIAIS OU SUBPRINCÍPIOS

Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade.

Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais<sup>20</sup>. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até se confunde com o da vedação de arbítrio (“*Übermasverbot*”), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral de proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”<sup>21</sup>, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Klaus Stern, “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, Band I, Munique, 1977, p. 673; “Zeitschrift”, ob. cit., p. 555; Werner Friedrich Hotz, “Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besondere Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit”, Diss. Zürich 1977, p. 75; Joseph Esser, “Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts”, 2. Aufl., Tübingen 1964, p. 69; Karl Larenz, “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, 2. Auflage, Berlin 1975, p. 466 e Hans Huber, “Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht” in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 96, I, Basel 1977, p. 19.

<sup>20</sup> Ulrich Zimmerli, “Zeitschrift”, ob. cit., p. 13.

<sup>21</sup> Xavier Philippe, ob. cit., p. 44.

<sup>22</sup> Hans Huber, “Über den Grundsatz”, ob. cit., p. 27.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade (“*Erforderlichkeit*”), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e até mesmo identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio da necessidade, a medida não há-de exceder os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo que se almeja<sup>23</sup>, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária<sup>24</sup>.

O publicista francês Xavier, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. E acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada “mas o meio empregado” e que este “deve ser dosado para chegar ao fim pretendido!”<sup>25</sup>.

Em outras palavras – conforme o comentário de Maunz-Dürig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*”)<sup>26</sup>.

Com o *Erforderlichkeit*, observa Stern, escorado na jurisprudência constitucional da Alemanha, o legislador dispõe de um espaço de ação concernente à escolha do meio que vai utilizar (“*Der Gesetzgeber hat also einen Handlungsspielraum bezüglich der einzusetzenden Mittel*”)<sup>27</sup>.

Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada “*stricto sensu*”. Assim, assinala Pierre Müller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo<sup>28</sup>.

Quem utilizar o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.

Ministra-nos ele em síntese lapidar a latitude dessa reflexão: “É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os

23 Ulrich Zimmerli, ob. cit., p. 27.

24 Hans Huber, über den Grundsatz”, ob. cit., p. 27.

25 Xavier Philippe, ob. cit., p. 44.

26 Maunz/Dürig, Komm Z. GG Herzog, Lfg 18 September 1990, p. 289.

27 Klaus Stern, “Das Staatsrecht”, ob. cit., p. 574.

28 Pierre Müller, “Le principe de la proportionnalité”, *Revue de droit suisse*, Band 97, Heft 3, 1979, Basel, p. 212.

— O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais meios de que dispõe aos fins que busca e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade”<sup>29</sup>.

A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é “excessiva”, “injustificável”, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade<sup>30</sup>.

### **3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTO DE UM NOVO ESTADO DE DIREITO**

O princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo.

Mas a grande novidade deste fim de século vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional, tão revolucionária ou tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, largamente renovados e reavaliados.

Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de suas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu-o em princípio geral de direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional do estilo daquela a que se referiu Capelletti, relativa ao incremento e expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade<sup>31</sup>.

Aliás, o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade. A revolução constitucional que deu origem ao segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de “declarações político-filosóficas”, se

<sup>29</sup> Pierre Muller, ob. cit., p. 212.

<sup>30</sup> Klaus Stern, ob. cit., p. 674.

<sup>31</sup> M. Cappeletti, apud E. F. Penalva, “Constitución, Jurisdicción y Proceso”, ob. cit., pp. 336/337.

tornaram “atos de legislação vinculantes”, conforme demonstra um notável constitucionalista espanhol – atos, portanto, plenos de juridicidade<sup>32</sup>.

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça.

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontrolláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material – sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

Com efeito, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, de Montesquieu, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição<sup>33</sup>.

No segundo Estado de Direito o legislador já não é porém o soberano das épocas em que o princípio de legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, do princípio de constitucionalidade.

De conseguinte, o legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado, típica da idade do primeiro Estado de Direito.

De último, com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma em espaço

32 E. P. Penalva, ob. cit., p. 335.

33 Hans Schneider, “Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle ininsbre bei Gesetzen”, in: “Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz”, II, 1976, Tübingen p. 391. Com as transformações havidas, geradoras de uma segunda forma de Estado de Direito, nem por isso ficou o legislador de mãos atadas ou se despojou de poderes peculiares à natureza e índole de sua função. Senão vejamos a pertinente observação de Pierre Muller, deste teor:

“Mais do que a administração que aplica o direito ao caso concreto, o legislador desfruta de uma vasta liberdade de apreciação; abrange esta não somente a definição legal das medidas que se afiguram aptas e necessárias à realização dos objetivos da Constituição senão também aqueles que ele mesmo deve fixar na esfera de suas atribuições constitucionais” (Pierre Muller, “Zeitschrift”, Band 97, ob. cit., p. 215).



mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – e sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.

As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio de constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio de legalidade nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal.

Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado como princípio ou máxima constitucional.

Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não-escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.

Demais, não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade<sup>34</sup>, uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito. Assim o asseveram, sem tergiversar, aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como jurisdicional ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de direito constitucional.

De último, entre os juristas de língua alemã, nomeadamente os da Alemanha e Suíça, prevalece o mesmo entendimento de que o princípio da proporcionalidade é, em verdade, um princípio geral de direito constitucional, ao lado do princípio do Estado. A jurisprudência e a doutrina consagram-no como tal. Veja-se aqui a posição de Ulrich Zimmerli, Nas-Uwe Erichsen e A. Grisel, este último maiormente quando afirma que o princípio da proporci-

<sup>34</sup> Peter Wittig, "Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes", Die Öffentliche Verwaltung, Heft 23 (21. Jahrgang, 1986, p. 820).

onalidade se acha subjacente aos direitos constitucionais – “*sous-jacent aux droits constitutionnels*”<sup>35</sup>.

Não varia dessa posição Pierre Muller ao asseverar que o princípio da proporcionalidade é da mesma natureza dos direitos fundamentais cujos limites são por ele determinados<sup>36</sup>.

Possui também estatuto de princípio geral de Direito. Grande parte da doutrina mais recente se inclina na direção desse entendimento. Entre os que assim o fazem figura Robert Alexy, um clássico da teoria dos direitos fundamentais, o qual ressalta a conexidade existente entre a teoria dos princípios e a regra de proporcionalidade.

Com efeito – assinala o douto jurista e hermeneuta – o caráter de princípio implica o de proporcionalidade e vice-versa. Não deixa dúvida a esse respeito, escrevendo:

Que o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade, significa que esse princípio com seus três princípios parciais de **pertinência** (*Geeignetheit*), **necessidade** (*Erforderlichkeit*) ou mandamento que prescreve o uso do meio mais brando, e **proporcionalidade em sentido estrito**, aliás mandamento de ponderação ou avaliação, logicamente resulta da natureza de princípio, a saber, desde se deduz<sup>37</sup>.

A importância do princípio tem, de último, crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A lesão ao mesmo assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontrastável de que um sistema de valores, via de regra, faz a unidade normativa da lei maior.

A jurisprudência constitucional da Alemanha e dos demais países que adotam já o princípio da proporcionalidade parece não haver ainda resolvido o problema da “*sedes materiae*” desse princípio, sem embargo dos consideráveis avanços da doutrina a esse respeito.

Ocupando-se do assunto, Maunz e Dürig mostram que naquele País ele ficou durante algum tempo sujeito a oscilações: primeiro, buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>38</sup>; a seguir, inclinaram-se arestos do Tribunal Constitucional para

35 André Grisel, “Droit public non écrit” in: “Der Staat als Aufgabe”, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel, 1972, p. 147.

36 Pierre Muller, ob. cit., p. 534.

37 Robert Alexy, “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden, 1985, p. 1000.

38 Assim o Art. 19 (2) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que formulou a salvaguarda da intangibilidade da essência medular dos direitos fundamentais: “In Keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”.

— O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais

uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o entendimento de último dominante e, por sem dúvida mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação<sup>39</sup>.

A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução<sup>40</sup>. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, a deixar cada vez mais o espaço tradicional, porém estreito do Direito Administrativo, onde floresceu – desde aquela máxima clássica de Jellinek de que “não se abatem pardais disparando canhões” – até chegar ao Direito Constitucional cuja doutrina e jurisprudência já o consagraram.

#### **4 O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: DA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL À CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa imposta a esses direitos pelo Estado por via das reservas de lei consagradas na própria ordem jurídica, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário, que um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer a abalar. Daqui resulta o temor da instauração de um eventual “Estado de juízes”, caso o remédio limitador seja utilizado de modo a cercear ou comprimir a ação do poder constitucionalmente legítimo para levar a cabo a tarefa de elaboração das leis.

Com efeito, há um autor alemão, Hans Schneider, o qual, apesar das críticas que recebeu, milita entre aqueles que entendem que não se deve circunscrever a liberdade criativa do legislador fora dos limites traçados à esfera discricionária da autoridade administrativa.

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, deve todavia manter aberto e desimpedido o es-

<sup>39</sup> Maunz/Dürig, ob. cit., p. 289.

<sup>40</sup> A Convenção Européia dos Direitos do Homem e a Corte Européia desses mesmos direitos igualmente o elevaram à categoria de princípio geral de direito, seguindo o caminho das correntes doutrinárias mais afeiçoadas à consagração de sua normatividade.

paço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político. Foi isto o que levou aquele jurista a assinalar a extrema raridade e delicadeza com que os tribunais hão de declarar a invalidade objetiva dos fins de um ato legislativo, estabelecendo se a medida é ou não apropriada ao respectivo fim<sup>41</sup>.

O núcleo, isto é, a substância da criação da lei pelo legislador não pode ser removido por obra de um tribunal - adverte por sua vez Huber - visto que se tal acontecesse já estaríamos realmente assistindo a uma passagem para o Estado-juiz<sup>42</sup>.

O que importa, por conseguinte, segundo o eminente constitucionalista, é que a função do legislador não seja avocada pelo tribunal constitucional quando este examina se o legislador se manteve ou não dentro dos limites que lhe foram traçados pela constituição<sup>43</sup>.

Aquela comparação de Schneider, do legislador com a autoridade administrativa, foi todavia repulsada por Huber como inadmissível: entende ele que na concepção do princípio da proporcionalidade há-de preponderar sempre o elemento jurídico-estatal da liberdade. Propôs para tanto a consagração da tese segundo a qual, durante a formulação de uma lei, a escolha do meio com que se busca chegar a um fim há-de ser fundamentalmente tarefa do legislador<sup>44</sup>.

Mas o princípio da proporcionalidade, sendo de sua natureza, na argumentação de Ress<sup>45</sup> um princípio geral é, do mesmo passo, como todo princípio geral, segundo ele, "fórmula vazia" (*eine Leerformel*) que consente ao aplicador do Direito toda uma latitude de apreciação sem controle (*einen unkontrollierten Ermessensspielraum*), donde o mesmo publicista passa a inferir duas conseqüências capitais: o princípio da proporcionalidade "independe de sua localização hierárquica" e outra não menos importante o princípio "torna possível a justiça do caso concreto" (*Einzelfallgerechtigkeit*) rompendo assim com a rigidez das regras legislativas abstratas<sup>46</sup>.

Em consonância com essa tendência, principia, de último, a esboçar-se na teoria constitucional da liberdade um entendimento de constitucionalidade

41 E. Grabitz, "Freiheit und Verfassungsrecht", Tübingen, 1976, p. 398.

42 Hans Huber, ob. cit., p. 28.

43 Hans Huber, ob. cit., p. 28.

44 Hans Huber, ob. cit., p. 28.

45 Geor Ress, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", in: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen, ob. cit., p. 34.

46 E. Grabitz, "Freiheit und Verfassungsrecht", ob. cit., p. 95.

cada vez menos atado a aspectos unicamente formais. Com efeito, a mais antiga doutrina de constitucionalidade, em termos continentais, ou não penetrou a prática judicial por ausência de controles efetivos de natureza judiciária, ou, por imperativos políticos e ideológicos, cedia lugar à hegemonia doutro princípio diverso e, do ponto de vista teórico, de configuração mais administrativa do que constitucional: o princípio da legalidade.

Quando se passa porém desde ao princípio da constitucionalidade propriamente dita, o que se tem em verdade, nada mais é do que o mesmo princípio da legalidade posto no invólucro formal da Constituição. Preserva-se aí todo o universo material do domínio outorgado ao legislador, sem limites visíveis. Esse princípio, quer se chame de legalidade, legalidade constitucional ou constitucionalidade formal significa na essência o império, em termos de máxima eficácia de uma presunção de legitimidade, coroando todo ato legislativo e concorrendo assim para selar incontrastavelmente a supremacia do poder que faz as leis.

Mas, a seguir, acompanhando a trajetória das Constituições rígidas, o princípio de constitucionalidade formal – um degrau importantíssimo para firmar a ascensão do Poder Judiciário por via de seus mecanismos de controle das leis – evolui, finalmente, para o princípio da constitucionalidade material, um princípio aberto que oxigena as Constituições, que logra por via das intervenções judiciais de controle, fazê-las mais propínquas da realidade e que possibilita ao mesmo passo o exercício de uma justiça onde o juiz já não se prende tão somente ao teor abstrato das normas ou ao sentido formalista que elas comportam. Todo um âmbito normativo transcende logo o mero texto da lei para inserir-se na realidade do “caso concreto” e a partir daí, por inteiro, na dimensão unitária dos valores que regem a Constituição.

Volvendo ao princípio da proporcionalidade, é de assinalar a tese de um jurista alemão – Grabitz – segundo a qual existe uma conexão entre a eficácia do princípio (*ubermassverbot* na sua terminologia) e a competência do legislador no que tange à capacidade que este tem para estabelecer ele mesmo os fins de sua atividade legislativa em matéria de direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Adianta o mesmo publicista logo a seguir uma conclusão vazada nesta fórmula: quanto mais livre o legislador para fixar o fim de sua produção normativa, tanto mais fraca a eficácia do princípio da proporcionalidade (*je freier der Gesetzgeber ist, den Zweck seiner Normsetzung zu bestimmen, desto schwächer wirkt das übermassverbot*).

47 E, Grabitz, “Freiheit und Verfassungsrecht”, ob. cit., p. 96.

A eficácia do princípio da proporcionalidade no campo dos direitos fundamentais fica desse modo condicionada, conforme sustenta o sobredito autor, à extensão da liberdade de edificar que a Constituição concede ao legislador na determinação do fim de suas medidas<sup>48</sup>.

O advento da teoria material da Constituição e os novos métodos interpretativos daí procedentes trouxeram substanciais progressos em relação à hermenêutica clássica, mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios e dos valores. A partir desse avanço, a proteção processual das liberdades tem sido cada vez mais aperfeiçoada nos sistemas constitucionais.

Finalmente, com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, nas suas minudências, na quantificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais.

Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis.

Semelhante redução de espaço evidencia a abertura de uma fase de maior concretude na aplicação dos direitos fundamentais com o enriquecimento das posições judiciais, com a formulação crescente de novas garantias tutelares da liberdade humana por via de prestações jurisdicionais, com aperfeiçoamento simultâneo dos mecanismos processuais cujo exercício fica também vinculado à normatividade dos valores e princípios que compõem a essência do Estado de Direito.

A consciência da garantia e efetivação da liberdade provem muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.

Enfim, só a Constituição liberta; unicamente ela devolve à cidadania a crença e confiança na legitimidade do poder e na justiça das leis. E aqui cabe dizer com Ernesto Pedraz Penalva, processualista de Valadolild, que “a velha

<sup>48</sup> E. P. Penalva, ob. cit., p. 337.

— O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais

idéia do século XIX de proteção da liberdade pela lei tende a ser substituída pela necessidade da proteção das liberdades frente à lei” e assim se passou, segundo ele, do princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade<sup>49</sup>. E é por isso, podemos acrescentar numa constatação patente, que o prestígio das Constituições substitui hoje o prestígio dos códigos ou o Direito Constitucional ocupa um lugar de primazia sobre o direito civil.

Chegamos, por conseguinte, ao advento de um novo Estado de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade, essa constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei.

## **5 É O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE UM PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO?**

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do orçamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao “princípio da concordância prática”, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações do direito de opinião.

<sup>49</sup> G. Ress, ob. cit., pp. 30 a 33.

Entende Georg Ress<sup>50</sup> que o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico.

Assinala o mesmo jurista que a correspondente tomada de decisão, relacionada com o caso concreto, se opera mediante um processo de apreciação contido no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), o qual confere aos bens jurídicos conflitantes uma eficácia ótima<sup>51</sup>.

Na medida em que se possa tomar por método interpretativo, o princípio da proporcionalidade tem muito que ver com a Tópica, embora os juristas alemães não hajam ainda atentado para esse aspecto.

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparente consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões sobre prós e contras (*Abwägung*) a-fim-de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Überrmassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

O emprego do critério de proporcionalidade pode resultar sem dúvida no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa traçado ao legislador.

Mas em verdade esse risco se atenua bastante quando o princípio da proporcionalidade, como via interpretativa, entra em conexão com a chamada “interpretação conforme a Constituição”, de largo uso jurisprudencial nos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, onde também a doutrina já o consagrou como um dos mais eficazes e recomendáveis para a solução hermenêutica de conflitos.

Que é a interpretação conforme a Constituição, criada pelos juízes constitucionais da Alemanha? Quem responde é o Tribunal Constitucional da República Federativa alemã nos seguintes termos:

“Se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação possível, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é

50 G. Ress, ob. cit., pp. 30/31.

51 BVferGE 19, p. 1 (5).



a norma constitucional, e como tal se aplicará de acordo com a Constituição”<sup>52</sup>.

Em outras palavras, se houver a possibilidade de uma interpretação que faça transparecer a compatibilização da norma com a lei maior, há-de prevalecer esta sobre as interpretações porventura cabíveis. Noutro aresto o mesmo Tribunal fez ver que “de duas diferentes interpretações possíveis de uma norma, há-de prevalecer aquela que melhor exprima a opção de valores da Constituição”<sup>53</sup>.

Aqui o princípio da proporcionalidade já não é aquela fórmula vazia — tão incriminada por Forsthoff — que punha na mão do aplicador da lei uma esfera incontroladora e incomensurável de livre arbítrio, possibilitando a justiça específica do caso particular e quebrantando, ao mesmo passo, o rigor das regras abstratas contidas na lei<sup>54</sup>.

O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respetivo autor.

O legislador sai, por conseguinte, fortalecido; e esse fortalecimento parte de uma doutrina de juízes concebida no uso jurisprudencial do controle de constitucionalidade. Dela resulta claramente que o princípio de proporcionalidade associado ao critério interpretativo de atos normativos “conforme a Constituição” deixa de ser aquele fantasma subjacente aos temores de Charles Debbasch, volvidos para o perigo de o sobredito princípio abalar “o equilíbrio constitucional dos poderes” e resvalar para “o governo dos juízes”<sup>55</sup>.

dena Económica Internacional, 1971, pp. 10-11.  
Conclusão

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a dar uma descrição do Novo Curso Mundial  
do Direito Administrativo que trata regulamentar as atividades administrativas  
na realização de seus fins. Também se trata de uma introdução

52 BVferGE 2. p. 266 (282).

53 Veja-se E. Forsthoff, “Der Staat der Industriegesellschaft”, 1971, pp. e seguintes, bem como do mesmo autor “Lehrbuch des Verwaltungsrechts”, BD 1, Allgemeiner Teil, 10. 5. Auflage, 1973, pp. 70 e seguintes.