

O PROPORCIONAL E O RAZOÁVEL

Revista dos Tribunais | vol. 798/2002 | p. 23 - 50 | Abr / 2002
DTR\2002\235

Luís Virgílio Afonso da Silva

Mestre em Direito do Estado - Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha.

Área do Direito: Processual

Sumário:

1. Introdução - 2. Questões terminológicas preliminares - 3. Proporcionalidade e razoabilidade - 4. A jurisprudência do STF - 5. A regra da proporcionalidade e seus elementos - 6. A regra da proporcionalidade no direito brasileiro - 7. Conclusão - 8. Bibliografia

1. Introdução

Nos últimos anos, a regra da proporcionalidade vem despertando cada vez mais o interesse da doutrina brasileira e são inúmeros os trabalhos produzidos sobre o tema.¹ Muitas vezes, no entanto, ela é encarada como mero sinônimo de razoabilidade, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Partindo não só do pressuposto de que essa identificação é errônea, mas também de que nem sempre a regra da proporcionalidade tem sido tratada de forma clara e precisa, este artigo pretende fornecer um conceito técnico adequado de proporcionalidade no controle judicial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.

Para tanto, percorrerei os seguintes passos. No item 2, esclarecerei uma questão terminológica preliminar, ligada à utilização do termo princípio. No 3, pretendo deixar claro que proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, não é sinônimo de razoabilidade, o que implica uma análise crítica da doutrina sobre o assunto. Análise semelhante é desenvolvida no tópico 4, desta vez centrada não na doutrina, mas na jurisprudência do STF. Superadas as imprecisões terminológicas e conceituais, tentarei expor, no item 5, com auxílio de casos práticos, a regra da proporcionalidade e seus elementos, atentando, principalmente, para características que considero vêm sendo negligenciadas nas análises sobre o tema. No 6, por fim, dedicar-me-ei à questão da fundamentação da regra da proporcionalidade no direito positivo brasileiro.

Para alcançar os objetivos propostos no parágrafo anterior, faz-se necessária uma análise fundada em um método multidimensional. Em primeiro lugar, pretende-se uma análise detalhada do conceito técnico-jurídico de proporcionalidade, especialmente para diferenciá-lo de conceitos afins (dimensão analítico-conceitual). Não menos importante é a indagação sobre a relação entre a regra da proporcionalidade e o direito positivo brasileiro, para que se possa discutir, por exemplo, a exigibilidade de sua aplicação (dimensão empírica). Por fim, e com base nos resultados das análises conceitual e empírica, tenciona-se aqui fornecer uma resposta correta para o problema enfrentado (dimensão normativa). É essa multidimensionalidade que expressa o caráter prático deste trabalho. Não se cuida aqui de análise teórica que se esgota em si mesma. Pretende-se, pelo contrário, não só contribuir para a discussão sobre direitos fundamentais, mas também fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial, especialmente aquela ocupada com a proteção dos direitos fundamentais contra atos estatais que os restrinjam.

Como remate desta introdução, um conceito preliminar de proporcionalidade, a ser enriquecido com a análise que segue. A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos

casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.²

2. Questões terminológicas preliminares

No Brasil, o termo mais difundido para designar o objeto do presente estudo é o princípio da proporcionalidade, aceito sem grandes controvérsias terminológicas. Em trabalho recente,³ contudo, Humberto Bergmann Ávila demonstra, com razão, que a questão é mais controversa do que parece e que a utilização do termo "princípio" pode ser errônea, principalmente quando se adota o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica, com base na difundida teoria de Robert Alexy.⁴ Não há como se aprofundar aqui no tema. Algumas considerações, no entanto, são necessárias.

Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Essa divisão não se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação.⁵ Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas"; são, por conseguinte, mandamentos de otimização.⁶ Ainda que esta brevíssima explicação não seja esclarecedora o suficiente, é o que basta para o presente trabalho, e é o que é possível desenvolver aqui sem dar início a outro tema. A literatura jurídica em língua portuguesa já se ocupou frequentemente do assunto e há material bastante para aprofundamento.⁷

O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Nesse sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma que Alexy, "sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência".⁸ Não é de todo correta, contudo, a afirmação. É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os subelementos da proporcionalidade "devem ser classificados como regras",⁹ e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção.¹⁰ Como já visto acima, segundo a teoria defendida por Alexy, somente regras são aplicadas por meio de subsunção.¹¹

Bergmann Ávila utiliza o termo dever de proporcionalidade.¹² O termo é, sem dúvida, correto, mas limita-se a contornar o problema e não o resolve. Se se fala em dever, fala-se em norma. Normas são ou regras, ou princípios. Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade, razão pela qual se dará preferência a esse termo no presente trabalho.

Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo "princípio" pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade.¹³ Em vista

disso, e em vista da própria plurivocidade do termo "princípio", não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como "princípio da anterioridade" ou "princípio da legalidade" sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo "princípio", qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.

Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo "princípio" é deixar claro que ele, na expressão "princípio da proporcionalidade", não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy.

Outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de proibição de excesso, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso.¹⁴ Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.¹⁵ O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso.¹⁶

3. Proporcionalidade e razoabilidade

Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bolada, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho - ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa - como desproporcional. Poder-se-á dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados no sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos.¹⁷ Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, como se verá adiante, mas também em inúmeros trabalhos acadêmicos e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo.¹⁸ Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que "é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira".¹⁹ Estivesse correta a afirmação, a regra da proporcionalidade nada mais seria do que o nome dado à regra da razoabilidade pelos autores "sob influência germânica", uma simples questão de preferência terminológica, de acordo com a filiação acadêmica de cada jurista. Também Suzana de Toledo Barros iguala ambos os conceitos, nos seguintes termos:

"O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos." ²⁰

A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. Quanto à origem, basta um breve excursus histórico, feito a seguir. Sobre a estrutura, as diferenças ficarão claras ao longo do presente trabalho.

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta (LGL\1988\3) de 1215. ²¹ Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos - razoabilidade e proporcionalidade - não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta (LGL\1988\3) de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento. Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. ²² E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. ²³ E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão-somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: "se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir". ²⁴ Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.

A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra. Atualmente, discute-se qual o papel que a regra da proporcionalidade deverá desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade ou, até mesmo, se aquela deverá substituir este. Se ambos fossem sinônimos, essa discussão seria impensável. ²⁵ Por fim, não é difícil perceber que um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, pelo menos não nos termos que a jurisprudência inglesa fixou na decisão *Wednesbury*, pois, para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Há decisões na Corte Europeia de Direitos Humanos expressamente nesse sentido, ou seja, decidindo pela desproporcionalidade de uma medida, mesmo admitindo a sua razoabilidade. ²⁶

Mais freqüente é a associação entre a proporcionalidade e a razoabilidade da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseada no chamado *substantive due process*. ²⁷ Como o STF costuma também fazer essa associação, voltarei ao tema mais adiante, quando da análise da jurisprudência do STF. Em algumas decisões recentes, a Suprema Corte dos Estados Unidos introduziu, para certos casos, a exigência de proporcionalidade aproximada. ²⁸ Tal exigência não guarda, contudo, qualquer semelhança com a regra da proporcionalidade, na forma aqui analisada.

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. ²⁹

A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação, como se esclarecerá mais adiante.

4. A jurisprudência do STF

O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter meramente retórico, e não sistemático.³⁰ Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional".³¹

Na decisão da liminar do sempre citado HC 76.060-4, por exemplo, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos:

"O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais -, é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular." ³²

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente:

- a constituição consagra a regra da proporcionalidade;
- o ato questionado não respeita essa exigência;
- o ato questionado é inconstitucional.

O silogismo, inatacável do ponto de vista interno,³³ é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é por isso bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo.³⁴

Com relação à fundamentação da premissa maior, não se pode deixar de questionar se realmente a Constituição brasileira consagra a regra da proporcionalidade, como se vem repetindo, muitas vezes irrefletidamente. Isso ainda será discutido mais adiante neste artigo e, no momento, interessa apenas verificar a fundamentação que o próprio STF fornece. Aí começam os problemas, pois nem sempre o recurso à regra da proporcionalidade é justificado nas decisões do STF. Muitas vezes é a fundamentação simplesmente pressuposta, como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro. Quando alguma fundamentação é fornecida, é quase sempre mencionado o art. 5.º, LIV, e o chamado substantive due process of law. A decisão da medida cautelar na ADIn 1407-2 é um exemplo de fundamentação nesse sentido:

"O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LIV)." ³⁵

A única menção ao modo concreto de aplicação da regra da proporcionalidade resume-se a uma referência a duas de suas sub-regras, a adequação e a necessidade, por meio da citação de trabalho doutrinário, de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, ³⁶sem nenhuma preocupação em aplicá-las ao caso concreto. O Tribunal, mais uma vez, limita-se a equiparar proporcionalidade a razoabilidade, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade.

No tópico anterior já foi discutida a não-identidade entre proporcionalidade e razoabilidade. Essa não-identidade fica ainda mais clara quando se analisa a conexão entre o devido processo legal substancial e a razoabilidade. ³⁷

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". ³⁸Barroso chama a primeira exigência - compatibilidade entre meio e fim - de razoabilidade interna, e a segunda - legitimidade dos fins -, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. ³⁹A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins, conforme ficará claro mais adiante. ⁴⁰

Em vista disso, ainda que o STF se refira frequentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade. Destarte, pode-se dizer que na jurisprudência do STF não se encontram maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a regra da proporcionalidade no Brasil.

Há autores que defendem posição contrária. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, afirmam que o "princípio da proporcionalidade [...] tem plena aplicação entre nós". ⁴¹Entendimento semelhante é sustentado por Suzana de Toledo Barros, que afirma não serem raras as decisões, exaradas por diversos órgãos jurisdicionais, que poderiam ser "catalogadas como manifestações do reconhecimento do princípio da proporcionalidade". ⁴²Baseados nesse entendimento, tanto Gilmar Ferreira Mendes quanto Suzana de Toledo Barros dedicam-se a analisar "o princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". ⁴³Vários são os julgados citados como exemplos de aplicação da regra da proporcionalidade entre nós, dos mais recentes até julgados do início da década de 50. Mesmo que não nos ocupemos com o fato de que, na maioria deles, a proporcionalidade nem sequer é citada, e concentremos somente naqueles em que, pelo menos nominalmente, faz-se referência a ela, como é o caso das duas decisões já citadas, salta aos olhos um problema de difícil solução: tanto Gilmar Ferreira Mendes como Suzana de Toledo Barros, quando expõem teoricamente a regra da proporcionalidade, referem, como não poderia deixar de ser, os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, quando da análise da suposta aplicação da proporcionalidade pelo STF, esses exames simplesmente desaparecem. Sempre citada é a decisão liminar do STF que declarou inconstitucional a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor, instituída, no Paraná, por lei estadual. Não há como não se perguntar se os dispositivos considerados inconstitucionais - não só nessa, mas em várias outras decisões em que se recorreu à regra da proporcionalidade - foram considerados inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito. Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, não foi aplicada a regra da proporcionalidade.

Destarte, fica também sem fundamentação a premissa menor do silogismo exposto anteriormente.

5. A regra da proporcionalidade e seus elementos

A subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conquanto praticamente ignorada pelo STF, é bem salientada pela doutrina pátria. Algumas vezes, contudo, a análise dessas sub-regras não tem sido feita de maneira a torná-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial. Muitas vezes é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las.⁴⁴ Com isso, são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade, impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam.

Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁵ Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Antes de iniciar a análise individual das sub-regras da proporcionalidade, cabe registrar que há três tendências diversas quanto a seu número.

A primeira delas, amplamente majoritária - e aqui seguida - adota a divisão em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A segunda, adotada principalmente pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, representados principalmente por Böckenförde e Schlink,⁴⁶ aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica.

Por fim, a terceira tendência costuma identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Européia de Direitos Humanos.⁴⁷

Para que o arcabouço teórico da regra da proporcionalidade fique claro parece ser recomendável que as sub-regras sejam não só explicadas em separado, mas, o que é mais importante, que cada uma delas seja analisada com a ajuda de casos concretos.

Essa conexão entre a explicação teórica e a aplicação prática pode ajudar sobremaneira a compreensão geral do problema. Para tanto, utilizar-me-ei de alguns casos já decididos pelo STF, pois, ainda que as decisões do Tribunal Constitucional alemão pudessem fornecer inúmeros exemplos reais da utilização da regra da proporcionalidade, parece-me que só se tem a ganhar quando a discussão se mantém o mais próximo possível da realidade forense brasileira.

A análise desses casos concretos não pretende fornecer uma resposta única e supostamente correta, já que isso exigiria, principalmente no caso do exame da necessidade das medidas questionadas, uma extensiva análise de medidas alternativas, o que só seria possível se o artigo fosse dedicado exclusivamente aos temas dos exemplos escolhidos. Ela serve mais para demonstrar, de forma prática, como seria uma possível análise concreta da proporcionalidade das medidas impugnadas, ou seja, como seria uma aplicação da regra da proporcionalidade que não se limitasse a ser mais um recurso a um mero tópos. Nesse sentido, são esses exemplos meros modelos para análise, não havendo como não abstrair das técnicas a eles inerentes, e considerar somente o quanto seja necessário para essa finalidade.⁴⁸

Os exemplos práticos escolhidos são:

Exemplo 1: ADC 9-6, racionamento de energia.

Exemplo 2: ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás.

5.1 Adequação

No Brasil, um difundido conceito de adequação sugere que um meio deve ser considerado adequado se for "apto para alcançar o resultado pretendido".⁴⁹ Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, cita decisão do Tribunal Constitucional alemão para fornecer o conceito de adequação, nos seguintes termos: "os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado (...)".⁵⁰

Esses conceitos de adequação não são, contudo, os mais corretos. A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo fördern, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo fördern não pode ser traduzido por alcançar. Fördern significa fomentar, promover. Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado".⁵¹ Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.⁵²

Exemplo 1: ADC 9-6, racionamento de energia.

As medidas governamentais mais questionadas judicialmente foram aquelas constantes dos arts. 14 a 18 da MedProv 2.152-2, razão pela qual o Presidente da República propôs ação declaratória de constitucionalidade (ADC 9-6) para que esses artigos fossem declarados constitucionais, com efeitos vinculantes. O STF deferiu a medida cautelar na ação declaratória para suspender, com eficácia ex tunc, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, "a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MedProv 2.152-2". O Tribunal entendeu "demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas".⁵³

Os citados arts. 14 a 18 disciplinam as metas de consumo de energia elétrica e prevêem

as sanções para aqueles que não as cumprirem. A medida que aqui interessa é a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

O teste da adequação da medida limita-se, como já visto, ao exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados. O objetivo do plano de racionamento de energia elétrica é, como prevê o próprio art. 1.º da MedProv 2.152-2, "compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica". É questionável se a previsão de suspensão do fornecimento de energia elétrica, nos moldes previstos pela MedProv 2.152-2, é medida adequada - ou a mais adequada - para que sejam completamente evitadas "interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica". Mas é inegável que, devido ao seu caráter coercitivo, a medida pressiona os consumidores a economizar energia elétrica e, ainda que, sozinha, não seja necessariamente capaz de evitar as interrupções no fornecimento de energia, colabora para que esse objetivo possa ser alcançado. Destarte, pode-se dizer que as medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MedProv 2.152-2 são adequadas, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade.

Exemplo 2: ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás.⁵⁴

Com o objetivo de proteger o consumidor, uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93) exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor,⁵⁵ para que possíveis variações no peso do botijão vendido, ou possíveis sobras de gás no botijão devolvido, fossem devidamente ressarcidas ou abatidas do preço do botijão novo. A autora da ação alegou, genericamente, além de vícios de competência, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, argumento aceito pelo STF - sem qualquer análise concreta em separado sobre adequação ou necessidade da medida adotada. No exame da adequação deve-se indagar simplesmente se a medida empregada promoveria a defesa do consumidor. Com base em parecer do Inmetro, afirmou-se que não. Em primeiro lugar, porque o tipo de balança necessária para a pesagem seria extremamente sensível, desgastando-se facilmente, o que poderia acarretar desregulagem. Em segundo lugar, porque a pesagem impediria que o consumidor adquirisse o botijão em local distante do veículo, como é feito freqüentemente. Nenhum dos argumentos é, contudo, suficiente para decretar a inadequação da pesagem para a proteção do consumidor. Se a balança desregula-se facilmente, basta que haja controle por parte do Poder Público. E o fato de o consumidor ter que andar até o veículo para acompanhar a pesagem pode até ser considerado incômodo, mas não altera em nada a efetividade da medida. A medida pode, portanto, ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados.

5.2 Necessidade

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária.⁵⁶ A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.

Exemplo 1: ADC 9-6, racionamento de energia.

Vimos que as medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MedProv 2.152-2 são adequadas, porquanto ajudam a promover a economia de energia por parte dos consumidores e, com isso, colaboram para que se evitem interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica. Na análise da necessidade dessas medidas, trata-se de

cotejá-las com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos cidadãos. Para tanto, é necessário primeiramente questionar quais direitos são limitados. A ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica restringe, em primeiro lugar, o amplo acesso a um serviço público de primeira necessidade. E restringe-o de forma extremamente desigual, porquanto a fixação de cotas baseadas na média de consumo de meses anteriores faz com que justamente aqueles que sempre economizaram energia tenham a menor margem de manobra, correndo um risco maior de ter seu fornecimento de energia suspenso. Se uma pessoa P1 consumiu, em média, nos meses de maio, junho e julho de 2000, 125 kWh de energia elétrica, e outra, P2, em moradia idêntica, consumiu, no mesmo período, 250 kWh de energia elétrica, não poderá P1 ultrapassar, a partir do início do racionamento de energia, 100 kWh por mês, sob pena de ter seu fornecimento suspenso (art. 14, II e §§ 2.º e 4.º, da MedProv 2.152-2), enquanto P2 poderá consumir até 200 kWh por mês, sem maiores consequências. A limitação ao direito de igualdade perante a lei (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, caput e inc. I) parece evidente. Mas não só a igualdade é limitada pelo plano de racionamento de energia. Também a livre iniciativa, quando esta depende de fornecimento de energia que supere os limites fixados. O direito ao trabalho, pelas mesmas razões. Em última análise, até mesmo o direito a uma vida digna é limitado.

Como já explicado, na análise da necessidade de uma medida, deve-se indagar sobre a existência de medida igualmente eficaz. No caso em análise, de medida que também possa fazer com que sejam evitadas "interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica", mas que restrinjam em menor escala os direitos dos cidadãos. Uma aplicação real da sub-regra da necessidade, algo não realizado pelo STF, implica analisar medidas alternativas que satisfaçam essa condição. Não é o caso de fazê-lo neste artigo, que não é dedicado ao problema do racionamento. Medidas alternativas foram propostas em grande quantidade e bastante divulgadas, não só em veículos especializados, mas também pela grande imprensa. É provável que uma análise minuciosa dessas alternativas revelasse a existência de medidas tão (ou mais) adequadas do que as adotadas pelo Governo Federal, mas que restringissem em menor intensidade os direitos dos cidadãos. Nesse caso, as medidas previstas pelas medidas provisórias do Governo deveriam ser consideradas desproporcionais, pois, conquanto fossem elas adequadas para fomentar a realização do objetivo desejado, dificilmente resistiriam a um cotejo com medidas alternativas e seriam classificadas como desnecessárias.⁵⁷ É claro que não se pode excluir a possibilidade de que as medidas governamentais sejam, de fato, necessárias. Mas a essa conclusão só pode chegar quem as compara com medidas alternativas. Essa é a essência do exame da necessidade.

Exemplo 2: ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás.

A exigência de pesagem dos botijões de gás, como foi visto, é adequada para a defesa do consumidor. Para saber se é necessária, o primeiro passo é, como visto acima, verificar qual direito fundamental está sendo restringido para, num segundo passo, perquirir sobre a existência de medidas alternativas que, da mesma forma, protejam o consumidor, mas restrinjam em menor escala o direito em questão.

A autora da ação alegou apenas uma possível restrição a um direito fundamental, a restrição à liberdade de iniciativa, pois a produção de balanças exigiria "investir muitos recursos em tecnologia", o que poderia levar à "ruína econômica das empresas" distribuidoras.⁵⁸

Como medida alternativa, sugeriu-se que a proteção ao consumidor fosse feita por meio de controle do peso dos botijões por amostragem, realizado pelo Poder Público, como é atualmente feito. Alega-se que os consumidores são protegidos e que as empresas não se locupletam com o que resta de gás nos botijões recolhidos, porquanto tais sobras "são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais".⁵⁹ Mesmo em um cenário de preços controlados, o argumento não é suficiente para decidir pela desnecessidade da medida,

uma vez que ela não exclui esse controle por amostragem, mas a ele se soma. Caso a medida se destinasse apenas a evitar locupletamento indevido por parte das empresas, poder-se-ia argumentar que o controle por amostragem seria não só menos restritivo à livre iniciativa, mas também tão ou mais eficiente do que a pesagem na frente do consumidor. Mas a exigência de pesagem tem também outra finalidade: proteger o consumidor individualmente, para que ele não pague pelo que não recebeu. E, para a consecução dessa finalidade, a exigência de pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem. Nesse sentido, a exigência de pesagem na presença do consumidor pode ser considerada como necessária, nos termos da regra da proporcionalidade.

5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.⁶⁰

Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5.º e 1.º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6.º).

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental.⁶¹ Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.⁶²

Exemplo 1: ADC 9-6, racionamento de energia.

Como já foi explicado anteriormente, dada a relação de subsidiariedade que as sub-regras da proporcionalidade guardam entre si, só há que se falar em exame da proporcionalidade em sentido estrito caso a medida estatal tiver sido considerada adequada e necessária. Como, na análise acima realizada, chegou-se à conclusão de que as medidas previstas pelos arts. 14 a 18 da MedProv 2.152-2 não são necessárias, então não há a possibilidade de se indagar acerca de sua proporcionalidade em sentido estrito.

Exemplo 2: ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás.

Como visto, a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor pode ser considerada adequada para fomentar a realização dos fins perseguidos. Dentro das possibilidades da presente análise, a medida pôde também ser considerada como

necessária, pois ainda que a medida alternativa de pesagem por amostragem pudesse restringir em menor escala a livre iniciativa das empresas distribuidoras de gás, tal alternativa não parece ter a mesma capacidade de fomentar a proteção do consumidor. Na análise da proporcionalidade em sentido estrito deve ser questionado se a proteção ao consumidor justificaria essa pequena limitação à liberdade de iniciativa.

A resposta parece óbvia, e não foi à toa que me referi à limitação à liberdade de iniciativa, nesse caso, como pequena. A proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa. O STF, no entanto, decidiu de forma diversa.⁶³

6. A regra da proporcionalidade no direito brasileiro

Aqui se cuida do que, na introdução deste artigo, chamei de dimensão empírica, isto é, da identificação da regra da proporcionalidade no direito positivo brasileiro. A questão de se saber se a aplicação da regra da proporcionalidade encontra fundamento no direito positivo brasileiro tem recebido respostas diversas.

Em algumas decisões do STF, como já visto, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inc. LIV do art. 5.º.

Boa parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes,⁶⁴ Luís Roberto Barroso,⁶⁵ e Suzana de Toledo Barros.⁶⁶ Esta é uma tendência que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina.⁶⁷

Há também quem encontre o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais. É o caso, por exemplo, de Suzana de Toledo Barros, Antonio Magalhães Gomes Filho, e de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio.⁶⁸ Segundo esses autores, fundamentam a aplicação da proporcionalidade os arts. 5.º, II (legalidade), 5.º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1.º, caput (princípio republicano), 1.º, II (cidadania), 1.º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5.º, LXVIII), mandado de segurança (art. 5.º, LXIX), habeas data (art. 5.º, LXII), assim como o direito de petição (art. 5.º, XXXIV, a). No mesmo sentido, e provavelmente como inspirador dos autores citados, leciona Paulo Bonavides.⁶⁹

Há, ainda, baseada também na lição de Paulo Bonavides,⁷⁰ uma tendência a tratar os diversos dispositivos constitucionais que mencionam o adjetivo "proporcional",⁷¹ ou termos correlatos, como expressões da regra da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.

Por fim, há a tese de que a proporcionalidade integra o direito positivo brasileiro por meio do § 2.º do art. 5.º, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição,⁷² defendida especialmente por Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides.

É de se reconhecer que pelo menos alguns desses dispositivos exigem que as atividades legislativa e executiva sejam controladas, para que se evitem abusos. O que resta sem resposta, contudo, é a razão pela qual esse controle deve ser feito por intermédio da aplicação da regra da proporcionalidade e não por outro método. Há diversos outros modelos de controle que poderiam desempenhar a mesma tarefa. Na Itália, por exemplo, fala-se em *ragionevolezza*, para a qual não se aplicam as três sub-regras aqui discutidas.⁷³ O mesmo vale para qualquer outro método.

A despeito da opinião de inúmeros juristas da mais alta capacidade, entendo que a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera.⁷⁴

A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.⁷⁵ Essa fundamentação não se confunde, contudo, com aquela anteriormente citada, segundo a qual a exigência de aplicação da regra da proporcionalidade, por decorrer "do regime e dos princípios" adotados pela Constituição, encontraria sustentação legal no § 2.º do art. 5.º. A fundamentação aqui seguida tem um caráter estritamente lógico, e valeria ainda que esse § 2.º não existisse.

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, analisado brevemente no tópico 2, admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obriguem que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.⁷⁶ E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.⁷⁷

Qual é a relação entre a otimização diante das possibilidades fáticas e a regra da proporcionalidade? As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais. Se para o fomento do princípio P1, há duas medidas estatais, M1 e M2, que são igualmente adequadas para esse fim, mas M1 restringe um outro direito fundamental P2, é de se admitir que a otimização desse princípio P2 exija que seja empregada a medida M2. Essa consequência da otimização de P2 em relação às possibilidades fáticas presentes nada mais é do que a já analisada sub-regra da necessidade.⁷⁸

Já o exame da terceira sub-regra - a proporcionalidade em sentido estrito - nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento, como já visto acima (item 5.3). Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁹

7. Conclusão

Como conclusão, antes de arrolar sucintamente as teses aqui defendidas, examino mais um caso concreto sobre a aplicação ou não-aplicação da regra da proporcionalidade. Nos controvertidos casos sobre a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, a regra da proporcionalidade é constantemente aventada. Nesse sentido, sustenta Ada Pellegrini Grinover:

"embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade [...]."⁸⁰

Como visto, a Constituição não prevê a aplicação da regra da proporcionalidade. E, por uma razão lógica, se não a prevê, também não pode abrir exceções e dizer quando ela não é aplicável. Se se entende, no entanto, que a regra da proporcionalidade decorre logicamente do fato de os direitos fundamentais, em sua maioria, serem princípios, e não regras, não há como tentar afastar a aplicação da regra da proporcionalidade, sob o argumento de que não há previsão constitucional a respeito. Isso não significa, contudo, que, necessariamente, uma aplicação da proporcionalidade poderá autorizar a admissão de provas obtidas por meios ilícitos. Se se entende que essa vedação é uma regra, no sentido definido por Alexy e brevemente comentado no item 2 deste trabalho, não

haveria a possibilidade de sopesamento com outros princípios colidentes, porque regras, ao contrário dos princípios, não comportam sopesamento. Não haveria, por conseguinte, como relativizar a proibição das provas ilícitas por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, pois essa só é aplicada quando há colisão entre princípios, não nos casos de conflitos entre regras.⁸¹

Por fim, algumas das principais teses defendidas neste trabalho:

1. Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topoi dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.
2. Na forma como discutida neste artigo, a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana.
3. A aplicação da regra da proporcionalidade pelo STF consiste apenas em um apelo à razoabilidade.
4. As sub-regras da proporcionalidade guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todas elas.
5. Para que uma medida seja considerada adequada, nos termos da regra da proporcionalidade, não é necessário que o seu emprego leve à realização do fim pretendido, bastando apenas que o princípio que legitime o objetivo seja fomentado.
6. A regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos.
7. Se se aceita, portanto, a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois ambos guardam uma relação de implicação.

Estes dois últimos pontos desta conclusão têm um significado maior do que pode parecer à primeira vista. Dizer que a regra da proporcionalidade decorre de uma posição teórica acerca da estrutura dos direitos fundamentais, e não de uma norma de direito positivo ou do Estado de Direito, significa também esvaziar um pretenso caráter universal dessa regra. Para aqueles que sustentam que a exigência de proporcionalidade é decorrência do Estado de Direito ou do devido processo legal, resta a tarefa de justificar a sua não-utilização, por exemplo, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ou por qualquer outro tribunal de países onde, inegavelmente, vige um Estado de Direito.

Que fique claro, pois, que se cobra apenas coerência nos julgados no STF, e não a aplicação da regra da proporcionalidade. Se o STF, por ter outra concepção acerca da estrutura dos direitos fundamentais ou da forma de controlar a colisão entre eles, sustentasse que a regra da proporcionalidade não é aplicável ao caso brasileiro, poder-se-ia criticar essa concepção, mas não a sua coerência. Mas, a partir do momento em que o STF sustenta que a regra da proporcionalidade tem "fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais",⁸² e assim o faz não com o intuito de se manter meramente no plano retórico, isto é, de recorrer a um tópos - como acontece quando menciona o princípio da razoabilidade -, mas com o expresse intuito de ir além, e passar para o plano da aplicação sistemática e estruturada de um modelo pré-existente, é de se esperar, então, que dele seja cobrada coerência.

8. Bibliografia

ALBRECHT, Rüdiger Konradin. Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab: Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

ALEXY, Robert. "Individuelle Rechte und kollektive Güter". In: ALEXY, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 232-261.

-----. "Rechtssystem und praktische Vernunft". In: ALEXY, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 213-231.

-----. Theorie der Grundrechte. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994 (1. Aufl., 1985).

-----. Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996 (1. Aufl., 1983).

-----. A theory of constitutional rights. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002 (no prelo).

-----. "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit". VVDStRL 61 (2002, no prelo).

-----. "Zum Begriff des Rechtsprinzips". In: ALEXY, Robert. Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 177-212.

-----. "Zur Struktur der Rechtsprinzipien". In: SCHILCHER, Bernd; KOLLER, Peter; FUNK, Bernd-Christian (Hg.). Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts. Wien: Verlag Österreich, 2000: 31-52.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". Revista de Direito Administrativo, 215 (1999): 151-179.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 (1. ed., 1996).

BARROSO, Luís Roberto. "Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)". Revista de Direito Administrativo, 214 (1998): 1-25.

-----. "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): 65-78.

----- e BARCELLOS, Ana Paula de. "A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas". Revista de Direito Administrativo, 213 (1998): 149-163.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte". In: SILLER, Peter; KELLER, Bertram (Hg.). Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden: Nomos, 1999: 83-86.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 (1. ed., 1982).

BOROWSKI, Martin. Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos, 1998.

-----. "Prinzipien als Grundrechtsnormen". Zeitschrift für öffentliches Recht, 53 (1998): 307-335.

-----, "La restricción de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59 (2000): 29-58.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. "Grundrechte und Privatrecht". *AcP* 184 (1984): 201-246.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?". *Revista de Direito Administrativo*, 221 (2000): 47-69.

CRAIG, Paul. "Unreasonableness and Proportionality in UK Law". In: ELLIS, Evelyn (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart, 1999: 85-106.

CREMONA, John Joseph. "The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". In: BEYERLIN, Ulrich; BOTHE, Michael; HOFMANN, Rainer; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Hg.). *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht - Europarecht - Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*. Berlin et al.: Springer, 1995: 323-330.

DECHSLING, Rainer. *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: Eine Bestandaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*. München: Vahlen, 1989.

DENNINGER, Erhard. "Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot". In: DÄUBLER-GMELIN, Herta; KINKEL, Klaus; MEYER, Hans; SIMON, Helmut (Hg.). *Gegenrede. Aufklärung - Kritik - Öffentlichkeit: Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*. Baden-Baden: Nomos, 1994: 561-572.

DIETLEIN, Johannes. "Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur". *Zeitschrift für Gesetzgebung* 10 (1995): 131-141.

EMILIOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*. London et al.: Kluwer, 1996.

FELDMAN, David. "Proportionality and the Human Rights Act 1998". In: ELLIS, Evelyn (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart, 1999: 117-144.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.

FREITAS, Juarez. "O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional". In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001: 226-248.

GOLDEMBERG, José. "Há alternativas ao racionamento de energia?". *O Estado de S. Paulo* (15.05.2001).

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96". *Boletim IBCCrim, Edição Especial* n. 45 (1996): 14-15.

GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *AöR* 98 (1973): 568-616.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997 (1. ed., 1990).

GREEN, Nicholas. "Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK", In: ELLIS, Evelyn (ed.). The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Oxford: Hart, 1999: 145-164.

GREGORIO, Laura Di. The Necessary Criteria for Legal Reasonableness in Italian Constitutional Adjudication. Firenze, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal (LGL\1988\3)". Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 37 (1992): 33-47.

-----. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982 (1. ed., 1976).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Mimeo.

-----. "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito" In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001: 268-283.

-----. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

-----. "Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade". RT 719 (1995): 57-63.

-----. Teoria processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HAIN, Karl-Eberhard. "Das Untermaßverbot in der Kontroverse: Eine Antwort auf Dietlein". Zeitschrift für Gesetzgebung (1996): 75-85.

-----. "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot". DVBl, (1993): 982-984.

HAVERKATE, Görg. Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983.

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 19. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1993 (1. Aufl., 1967).

HIRSCHBERG, Lothar. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Göttingen: Schwartz, 1981.

JESTAEDT, Matthias. Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

JOWELL, Jeffrey. "Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review". Public Law (2000): 671-683.

LEISNER, Walter. Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit? Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

LERCHE, Peter. Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Köln et al.: Carl Heymanns Verlag, 1961.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. "Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade". Repertório IOB de jurisprudência: tributário e constitucional, 24 (1992): 436-438.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997 (1. ed., 1980).

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999 (1. ed., 1998).

-----". "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras". Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14 (2000): 361-372.

-----". "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 23 (1994): 469-475.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1990 (1. Aufl., 1969).

-----". Juristische Methodik. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1995 (1. Aufl., 1971).

NOGUEIRA, Bruno Duque Horta. "A tarifa extrafiscal: uma alternativa ao racionamento". Gazeta Mercantil (19.06.2001).

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. 16. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2000 (1. Aufl. 1985).

PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002 (no prelo).

-----". "Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi". In: LA TORRE, Massimo; SPADARO, Antonino (a cura di). La Ragionevolezza nel diritto. Torino: Giappichelli, 2002 (no prelo).

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

REZNIK, Inna. "The Distinction Between Legislative and Adjudicative Decisions in *Dolan v. City of Tigard*". New York University Law Review 74 (2000): 242-281.

SCHLINK, Bernhard. Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

-----". "Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion". EuGRZ (1984): 457-468.

SCHNEIDER, Hans. "Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen". In: STARCK, Christian (Hg.). Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Bd. 2, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1976: 390-404.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999 (1. ed., 1976).

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção" (aguardando publicação).

-----". "Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade

da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais". *Revista de Direito Administrativo*, 226 (2001): 11-32.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional". RF 96, 349 (2000): 29-41.

STARCK, Christian. *Praxis der Verfassungsauslegung*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERN, Klaus. *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Bd. 1: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung. München: C.H. Beck, 1984 (1. Aufl., 1977).

STÜCK, Hege. "Subsumtion und Abwägung". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 84 (1998): 405-419.

WERNECK, Rogério L. Furquim. "Alternativa ao racionamento". *O Estado de S. Paulo* (16.03.2001).

WONG, Garreth. "Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality". *Public Law* (2000): 92-109.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision". *Rechtstheorie* 5 (1974): 33-46.

(1) Os precursores da discussão acerca da regra da proporcionalidade em língua portuguesa foram, em Portugal, J. J. Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade e, no Brasil, Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides.

(2) Há casos de aplicação da regra da proporcionalidade que não são englobados por esse conceito, como aqueles no âmbito do direito administrativo. Mas, para os objetivos do presente trabalho e, especialmente, como ponto de partida, é ele suficiente.

(3) Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *RDA* 215 (1999), especialmente p. 154-158 e 168-175.

(4) Cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *passim*.

(5) Cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", p. 184 et seq. Bergmann Ávila, contudo, sustenta que os princípios são mais genéricos que as regras. Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 167.

(6) Cf. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", p. 32; do mesmo autor, *Theorie der Grundrechte*, p. 75. Como alternativa ao termo "mandamento de otimização" pode ser utilizado "dever de otimização", como faz Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *passim*; ou "mandado de otimização", como usado por Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 173, nota 188. Não é recomendável que se use, por influência da tradução espanhola da obra de Robert Alexy, o termo "mandato de otimização", pois não se trata de um mandato. Cf., todavia, Inocêncio Mártires Coelho, "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?", *RDA* 221 (2000), p. 59; do mesmo autor, in Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos*

fundamentais, p. 50-51; e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 152-153.

(7) Cf., sobretudo, Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 73-120; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 248-252; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.033-1.049, além do próprio Bergmann Ávila, no trabalho acima citado. Em espanhol, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, especialmente p. 81 a 111, e Martin Borowski, "La restricción de los derechos fundamentales", *REDC* 59 (2000), p. 35 a 39. Para uma análise crítica sobre a distinção entre regras e princípios, incluindo uma análise sobre a sua difusão no direito brasileiro, cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", a ser publicado em breve.

(8) Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 169 (grifei).

(9) Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100, nota de rodapé 84 (grifei). No mesmo sentido, Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 115.

(10) Cf. Görg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, p. 11, nota 38.

(11) Cf., para uma contraposição entre sopesamento e subsunção, Robert Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", p. 214; Martin Borowski, "Prinzipien als Grundrechtsnormen", *ZöR* 53 (1998), p. 309; Hege Stück, "Subsumtion und Abwägung", *ARSP* 84 (1998), especialmente pp. 409 et seq.

(12) O termo é usado, entre outros, também por Rainer Dechsling, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, passim. Klaus Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, § 20 IV 7, p. 861.

(13) Nesse sentido, o termo princípio, na expressão princípio da proporcionalidade, é empregado com o significado de "disposição fundamental", e essa é a acepção mais corrente do termo "princípio" na linguagem jurídica pátria. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 450; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 95.

(14) Exemplos do uso de ambos os conceitos como sinônimos pode ser encontrado em: J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 259; Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, p. 81-82; Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", *Bol. IOB* 14 (2000), p. 372; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 148. Já Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 360, usa o termo proibição de excesso - vedação de arbítrio, nas palavras de Bonavides - como sinônimo de exame da adequação do ato estatal, enquanto Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", *RT-CDC (LGL\1990\40)* 23 (1998), p. 71-72, usa proibição de excesso como sinônimo de exame da necessidade. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, o termo proibição de excesso é de uso corrente. Cf., para decisões recentes, Acórdãos 187/01, 382/01 e 400/01. Na literatura alemã, cf., por todos, Klaus Stern, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, § 20 IV, 7, p. 861. Para uma posição contrária à identificação da proporcionalidade com a proibição de excesso, ainda que não com os argumentos aqui aduzidos, cf. Juarez Freitas, "O intérprete e o poder de dar vida à Constituição", p. 232.

(15) O termo *Untermaßverbot* foi utilizado pela primeira vez, ao que tudo indica, por Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", *AcP* 184 (1984), p. 228, e ganhou importância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão a partir da segunda decisão sobre o aborto. Cf. *BVerfGE* 88, 203 [245].

(16) Sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também aos casos de medidas insuficientes, cf. a resposta de Robert Alexy aos questionamentos de Christian Calliess, seguidos à conferência do próprio Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit". O texto da conferência e a transcrição dos debates serão publicados no próximo volume da VVDStRL (uma tradução da conferência, feita por Luís Afonso Heck, será publicada, provavelmente ainda em 2002, na Revista dos Tribunais). Cf. também Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien, p. 115-122 e 151 et seq. Sobre a discussão acerca do conceito de Untermaßverbot, cf. Erhard Denninger, "Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot", p. 561 et seq.; Johannes Dietlein, "Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur", ZG 10 (1995), p. 134 et seq.; Karl-E. Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot", DVBl. (1993), p. 982 et seq.; do mesmo autor, "Das Untermaßverbot in der Kontroverse: eine Antwort auf Dietlein", ZG 11 (1996), p. 80 et seq., além da já citada obra de Canaris. Em língua portuguesa, cf. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 265. Canotilho, contudo, prefere o termo "proibição por defeito".

(17) Para posições semelhantes, cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 173; Wilson Antônio Steinmetz, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 183-192; Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas, p. 30. Bergmann Ávila refere-se a uma diferenciação feita pelo Tribunal Constitucional alemão entre dever de proporcionalidade e princípio da razoabilidade. Este último seria, segundo ele, o Zumutbarkeitsgrundsatz. O Tribunal alemão, contudo, refere-se quase sempre à Zumutbarkeit (razoabilidade, exigibilidade) como um mero sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito. Cf., nesse sentido, BVerfGE 95, 173 [183], de 1997, e os precedentes aí citados. Há esforços doutrinários no sentido de conferir uma autonomia a essa regra da razoabilidade. Esses esforços, no entanto, não encontram grande ressonância na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Sobre o tema, cf. também Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, p. 97 et seq. e Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, p. 224, que afirma que o Tribunal Constitucional alemão não confere à razoabilidade nenhum significado autônomo. Como subsídio à tese de Bergmann Ávila, cf., por todos, Rüdiger Konradin Albrecht, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, especialmente p. 64 et seq.

(18) Cf. PEC 264-A/95, cujo relatório foi redigido pelo Deputado Silas Brasileiro.

(19) Luís Roberto Barroso, "Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)", RDA 214 (1998), p. 18 (parte do grifo no original); do mesmo autor, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 69.

(20) BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 57 (grifos originais suprimidos, grifos acrescentados). No mesmo sentido, cf. Paulo Arminio Tavares Buechele, O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição, p. 137: "Nos Estados Unidos, onde é denominado Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal-republicano norte-americano concede, até hoje, aos seus juízes". No mesmo sentido, cf. Ada Pellegrini Grinover, Liberdades públicas e processo penal, p. 151.

(21) Cf., por exemplo, Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 65; Pereira de Souza e Pinheiro Sampaio, "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade", RF 349 (2000), p. 31 et seq. e 36 et seq. Esses autores sugerem também que a regra da proporcionalidade tem origem com o fim do Estado absolutista inglês.

(22) Cf. Willis Santiago Guerra Filho, "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito", p. 283. Guerra Filho sugere que a utilização do termo razoabilidade, no lugar de irrazoabilidade, é fruto da influência argentina. Nesse sentido, é de se recomendar a leitura do trabalho de Laura Clérico, que contém uma minuciosa análise da regra da proporcionalidade alemã e da razoabilidade na jurisprudência argentina. Cf. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, especialmente p. 251 et seq. Uma tradução para o espanhol está sendo preparada pela autora e será publicada provavelmente ainda este ano. Para outra recente e minuciosa análise da regra da proporcionalidade, incluindo uma discussão sobre sua recepção no direito espanhol, cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, a ser publicado ainda este ano.

(23) Cf. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948], 1 KB 223, p. 228-230.

(24) Cf., nesse sentido, além da decisão no caso *Wednesbury* acima citada (p. 234), *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985], AC 374, p. 410.

(25) Sobre a relação entre proporcionalidade e irrazoabilidade na Inglaterra, cf., por exemplo, Paul Craig, "Unreasonableness and Proportionality in UK Law", especialmente p. 85-87 e 94 et seq.; Garreth Wong, "Towards the Nutcracker Principle: Reconsidering the Objections to Proportionality", *Public Law* (2000), p. 94-96; David Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998", p. 117 et seq.; Nicholas Green, "Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK", p. 145 et seq.

(26) Cf., por exemplo, *Smith and Grady v. United Kingdom* [1999], § 137 et seq.

(27) Cf., por exemplo, Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 65 et seq.; Suzana de Toledo Barros, "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais", p. 60 et seq.

(28) A primeira decisão que fez uso dessa exigência de proporcionalidade foi *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 [1994], p. 391. A própria Suprema Corte, contudo, restringiu o âmbito de aplicação desse novo teste de proporcionalidade aproximada a alguns casos relativos a limitações ao direito de propriedade e planejamento urbano, e desde que não sejam baseadas em decisões legislativas, o que limita sobremaneira a sua aplicabilidade prática. Cf., nesse sentido, *City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey Ltd.*, 119 S.Ct. 1624 [1999], p. 1.635 et seq. Sobre esse tema, cf. Inna Reznik, "The Distinction Between Legislative and Adjudicative Decisions in *Dolan v. City of Tigard*", *New York University Law Review* 74 (2000), especialmente p. 246 et seq., com a literatura e, especialmente, a jurisprudência aí citadas.

(29) Essa distinção é muito bem analisada por Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 183-192. Steinmetz deixa nítida a diferença estrutural acima citada com a seguinte indagação: "Os princípios parciais da adequação [...], da exigibilidade [...], e proporcionalidade em sentido estrito [...] funcionam como indicadores de 'mensuração', de controle [do princípio da proporcionalidade]. Quais seriam os indicadores de 'mensuração' do princípio da razoabilidade?" (grifei).

(30) Cf., sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, p. 298.

(31) Cf., por exemplo, RTJ 167, 92 [94]; RTJ 169, 630 [632]; RTJ 152, 455; Lex STF 237, 304.

(32) Lex STF 237, 304 [309].

(33) Com o intuito de simplificar o silogismo, e como não é o objetivo deste trabalho discutir questões relacionadas à supremacia constitucional e à legitimidade do controle de constitucionalidade, pressupõe-se a premissa de que os atos que violem qualquer princípio constitucional devem ser considerados inconstitucionais.

(34) Sobre a diferença entre justificação interna e externa dos silogismos, cf. Jerzy Wróblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie* 5 (1974), p. 33 et seq.; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 373 et seq. Para uma aplicação dessa diferenciação como forma argumentativa, ainda que de maneira extremamente simplificada, cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, "Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado", *RDA* 226 (2001), p. 13.

(35) DJU 15.03.1996.

(36) MENDES, Gilmar Ferreira. "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Bol. IOB* 23 (1994), p. 475.

(37) Sobre a relação entre o substantive due process e o chamado princípio da razoabilidade, cf. a análise, resumida, porém esclarecedora, de Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 65 et seq. e a literatura e jurisprudência, nacionais e estrangeiras, aí citadas.

(38) Cf. Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 66. No mesmo sentido, cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 158. Sobre o mesmo tema, com base na jurisprudência espanhola, que considera a razoabilidade como simples exame da legitimidade de uma medida, cf. Carlos Bernal Pulido, "Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi", a ser publicado em breve.

(39) Caso se siga a tese de que a regra da proporcionalidade deve ser dividida em quatro sub-regras, em vez de apenas três, a análise da razoabilidade corresponderia às duas primeiras dessas sub-regras. Sobre as diversas teses acerca do número de sub-regras, cf. tópico 4 deste artigo.

(40) Em sentido oposto, ou seja, entendendo que a razoabilidade é mais ampla do que a proporcionalidade, cf. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas*, p. 46.

(41) MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins e MENDES, Gilmar Ferreira. "Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade", *Bol. IOB* 24 (1992), p. 438 (grifei). Com "entre nós", querem eles dizer, especialmente, "na jurisprudência do STF".

(42) BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, p. 103.

(43) Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", p. 475 et seq.; do mesmo autor, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", especialmente p. 370 et seq.; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 102-128, em tópico denominado "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal".

(44) Como visto acima, a exposição teórica costuma não corresponder à análise prática da aplicação da regra da proporcionalidade.

(45) Willis Santiago Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 67 e 68, expõe as sub-regras da proporcionalidade na seguinte ordem: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade. Isso poderia dar a entender que a análise da proporcionalidade em sentido estrito precede as análises da adequação e da necessidade. Em trabalho mais recente, contudo, a análise das sub-regras segue o modelo padrão. Cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, p. 84.

(46) Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte", p. 83; como juiz do Tribunal Constitucional, pôde Böckenförde expressar sua rejeição ao sopesamento entre direitos fundamentais em diversas decisões do Tribunal. Cf., por exemplo, BVerfGE 69, 1 [63-65]. Cf. também Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 76 et seq.; do mesmo autor, "Freiheit durch Eingriffsabwehr", p. 462. No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes, sempre influenciado pelas lições de Pieroth e Schlink (cf. *Grundrechte - Staatsrecht II*, Rn 293, p. 68), menciona algumas vezes apenas os testes da adequação e da necessidade. Cf., por exemplo, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", p. 372; cf., contudo, do mesmo autor, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 80, para uma referência às três sub-regras, incluindo a proporcionalidade em sentido estrito.

(47) Cf., por exemplo, Jeffrey Jowell, "Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review", p. 679. Ainda sobre a regra da proporcionalidade no direito comunitário europeu, cf. o estudo de Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, especialmente p. 115 et seq.; John Josef Cremona, "The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", p. 323 et seq.

(48) Por isso, uma possível discordância quanto aos resultados dos exames relativos aos casos práticos não os invalida, dado o explícito caráter didático que os reveste e dadas as limitações técnicas referidas.

(49) Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 172.

(50) Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", p. 371 (grifei); do mesmo autor, in: Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 248. A decisão citada encontra-se em BVerfGE 30, 292 [316].

(51) Cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 116. A definição de Martin Borowski baseia-se exatamente na mesma decisão citada por Gilmar Ferreira Mendes. Também Pieroth e Schlink, em cujas lições Ferreira Mendes se baseia, definem, de forma lapidar: "o meio deve fomentar o objetivo". Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Rn. 283, p. 66 (grifei). Cf. também Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 50 et seq. e Eberhard Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", AöR 98 (1973), p. 572. No sentido aqui proposto, cf. Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria processual da Constituição*, p. 84-85, que, ainda que, em certa passagem, refira-se a meio adequado como aquele que atinge o fim almejado, nas demais passagens segue a definição aqui defendida como correta, quando, por exemplo, define adequação como "conformidade com o objetivo", ou ainda quando oferece a sua própria tradução da decisão mencionada, utilizando o verbo "promover" em vez do verbo "alcançar", usado por Ferreira Mendes. A correta tradução de Guerra Filho é também citada por Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito constitucional", p. 71. Para mais detalhes sobre as implicações dessa variação no conceito de adequação, cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, no prelo (Capítulos VI, II, I).

(52) Cf., nesse sentido, Suzana de Toledo Barros, O princípio da proporcionalidade, p. 78; Wilson Antônio Steinmetz, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 150; Pereira de Souza e Pinheiro Sampaio, "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade", p. 38.

(53) DJU 09.08.2001. O mérito do pedido foi julgado em 13.12.2001 e o pleno decidiu, vencidos os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio Mello, manter a decisão cautelar. Até a data de envio deste artigo para publicação, a decisão ainda não havia sido publicada.

(54) Esse caso já foi chamado de "nosso leading case em matéria de proporcionalidade" (cf. Pereira de Souza e Pinheiro Sampaio, "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade", p. 38). Parece um exagero classificá-lo dessa forma, principalmente quando se tem em mente que a aplicação do princípio da proporcionalidade, por parte do STF, é, quando muito, uma aplicação de um controle de razoabilidade, como já foi visto no tópico 3.

(55) A mesma exigência é feita pela Lei 9.048/95 (lei ordinária federal).

(56) Essa fórmula corresponde à fórmula de otimização proposta por Vilfredo Pareto e é, por isso, conhecida como eficiência de Pareto. Cf. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, p. 149, nota 222; do mesmo autor, "Individuelle Rechte und kollektive Güter", p. 259; Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, p. 178-182; Laura Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, p. 112-119. Cf. também Rainer Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, p. 51-54. Dechsling sugere também a aplicação do critério de Kaldor-Hicks, com algumas modificações, para a análise da necessidade de uma medida (cf. p. 68).

(57) Para alguns exemplos de alternativas, cf. o relatório Colapso energético no Brasil e alternativas futuras, que é o resultado de um estudo realizado por comissões permanentes da Câmara dos Deputados (Minas e energia e defesa do consumidor). Sobre a discussão na imprensa, cf., por exemplo, José Goldemberg, "Há alternativas ao racionamento de energia?", O Estado de S. Paulo, 15.05.2001; Rogério L. Furquim Werneck, "Alternativa ao racionamento", O Estado de S. Paulo, 16.03.2001; Bruno Duque Horta Nogueira, "A tarifa extrafiscal: uma alternativa ao racionamento", Gazeta Mercantil, 19.06.2001.

(58) RTJ 152, 455 [461].

(59) RTJ 152, 455 [460 e 461].

(60) Cf., por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, BVerfGE 90, 145 [173]. A idéia de sopesamento é, contudo, extremamente polêmica. Como já referido anteriormente, vários são os autores que a rechaçam (vide nota 46). Cf., por exemplo, Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, p. 316-317; Friedrich Müller, Juristische Methodik, p. 63; do mesmo autor, Die Positivität der Grundrechte, p. 18. Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, p. 76 et seq., por exemplo, sugere que a proporcionalidade em sentido estrito deve garantir o núcleo essencial do direito restringido, sem a necessidade de sopesamento. Hirschberg, contudo, insinua que Schlink, ainda que rejeite a necessidade de sopesamento como parte da proporcionalidade em sentido estrito, inclui-o, disfarçadamente, no exame da necessidade. Cf. Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, p. 174-175. Para uma crítica à idéia de sopesamento na teoria de Robert Alexy, cf. Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, p. 229-241. Recomendável também é a análise de Walter Leisner, Der Abwägungsstaat, especialmente p. 11-45.

(61) Em sentido oposto, cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e

regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 159-160 e 173; Willis Santiago Guerra Filho, "Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade", RT 719 (1995), p. 59.

(62) Alexy costuma dividir o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de importância da realização do direito que justifica a medida restritiva em alto, médio e pequeno. Assim, se o grau de restrição a um direito é médio - portanto longe de implicar a sua não-realização -, mas o grau de importância da realização do direito colidente é pequeno, então a medida é desproporcional. Como se vê, o conceito de não-realização de um direito não é fundamental na análise da proporcionalidade em sentido estrito. Cf., nesse sentido, o posfácio que Robert Alexy elaborou para a tradução inglesa da sua Teoria dos direitos fundamentais, no qual rebate algumas das críticas a suas teses (Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, no prelo, com previsão de publicação para 2002. Uma tradução desse posfácio para o espanhol será publicada na Revista Española de Derecho Constitucional, provavelmente no último número de 2002).

(63) Cf., contudo, o voto divergente do Min. Marco Aurélio Mello, RTJ 152, 455 [462].

(64) Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras", p. 372, citando Hans Schneider, que, no entanto, tem postura crítica acerca da fundamentação da regra da proporcionalidade com base no princípio do Estado de Direito. Cf. Hans Schneider, "Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen", p. 390-392.

(65) Cf. Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", p. 75 e 77.

(66) Cf. Suzana de Toledo Barros, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 95.

(67) Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, cf. sobretudo BVerfGE 23, 127 [133]; para decisões mais recentes, cf. BVerfGE 90, 145 [173]; BVerfGE 92, 277 [317]; NJW 1995, 383; BVerfGE 93, 99 [108]; NVwZ 1996, 1199 [1200]; NJW 1997, 1910. Na literatura, cf. Eberhard Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", p. 584 et seq.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 185, p. 78; Christian Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, p. 26-27. Para uma crítica a essa posição, cf. Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, p. 64 e 81 et seq. Veja também nota 64, supra.

(68) Cf. Suzana de Toledo Barros, O princípio da proporcionalidade, p. 93; Antonio Magalhães Gomes Filho, "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96", Bol. IBCCrim 45 (1996), p. 14 (Gomes Filho cita apenas os arts. 60, § 4.º, IV, e 5.º, II); Pereira de Souza e Pinheiro Sampaio, "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade", p. 39 et seq. O Supremo Tribunal Federal também afirma freqüentemente que o "princípio da proporcionalidade [...] extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais", sem nunca afirmar quais são essas diversas cláusulas. Cf., por exemplo, ADIMC 1407-2, DJU 15.03.1996.

(69) Cf. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, p. 395.

(70) Idem, ibidem. Também Pereira de Souza e Pinheiro Sampaio, "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade", p. 40.

(71) Por exemplo, o art 5.º, V; art. 7.º, V, XXI; art. 45, caput e § 1.º; art. 58, §§ 1.º e 4.º, entre outros.

(72) Cf. Willis Santiago Guerra Filho, "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito", p. 278; do mesmo autor, "Hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e princípio

da proporcionalidade", mimeo, p. 20, in verbis: "A circunstância de ele [o princípio da proporcionalidade] não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2.º do art. 5.º"; cf. também Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, p. 396. No mesmo sentido, citando Paulo Bonavides, cf. Juarez Freitas, "O intérprete e o poder de dar vida à Constituição", p. 233.

(73) Digna de nota, contudo, é a tese de Laura Di Gregorio no sentido da necessidade da aplicação dessas sub-regras para o aperfeiçoamento do princípio da ragionevolezza. Cf. Laura Di Gregorio, *The Necessary Criteria for Legal Reasonableness in Italian Constitutional Adjudication*, especialmente p. 198 et seq .

(74) Cf., no mesmo sentido, Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 160.

(75) À igual conclusão, seguindo a tese de Alexy, chegam Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", p. 158-160 e 175; e Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 157 e 158. Suzana de Toledo Barros, contudo, recorre a quase todas as possibilidades de fundamentação, seja recorrendo ao argumento do Estado de Direito (vide nota 66), seja a diversos outros preceitos constitucionais (vide nota 68).

(76) Contra essa idéia, cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 310-317.

(77) Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100.

(78) Idem, *ibidem*, p. 101.

(79) Idem, p. 100-101.

(80) GRINOVER, Ada Pellegrini. "A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal (LGL\1988\3)", *RPGE-SP* 37 (1992), p. 46 (grifei). No mesmo sentido, cf. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, "A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas", *RDA* 213 (1998), p. 159 et seq .

(81) Discute-se, muitas vezes, a possibilidade de colisão real entre uma regra e um princípio. Como já foi dito anteriormente, não há espaço para uma análise aprofundada da teoria dos princípios jurídicos neste artigo dedicado à proporcionalidade. A resposta fornecida acima é suficiente dentro dos limites deste artigo. Para referências bibliográficas em língua portuguesa, cf. nota 7, *supra*.

(82) *Lex-STF* 237, 304 [309].