

ALCANCE E LIMITES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE*

SCOPE AND LIMITS OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba¹

RESUMO

O presente trabalho analisa o alcance e os limites do princípio da proporcionalidade no direito comparado a partir de uma perspectiva abstrata-metafísica e com uma metodologia indutiva. Em face de sua nem sempre muito correta aplicação prática, a investigação procura definir qual é o sentido original do princípio e quais são seus limites. Para tanto, analisa-se três tipos de limites, em sua ordem: 1. os pressupostos de aplicação do princípio (chamados de limites *a priori*), sem os quais sua aplicação seria irracional; 2. os limites do funcionamento do princípio que, ou são limites internos, imputáveis ao seu mal funcionamento, ou são limites externos, produzidos por fatores estranhos à proporcionalidade, como no caso da irrazoabilidade do juiz; 3. os limites *a posteriori* da aplicação correta do princípio, que se manifestam quando este não produz os efeitos esperados.

Palavras-chave: Proporcionalidade, Princípios de Direito, Limites dos Princípios, Alcance dos Princípios, Razoabilidade.

ABSTRACT

This paper discusses the scope and limits the principle of proportionality in comparative law, from an abstract-metaphysic perspective and with an inductive methodology. Because their extensive practical application has not always been very successful, this research seeks to define what is the original meaning the principle and what their limits are. Three kinds of limits, in that order are studied: 1. preconditions for applying the principle (called *a priori* limits), without which it would be unreasonable to apply; 2. limits in the operation of the principle, that could be internal limits attributable to some malfunction of the same principle, or external limits produced by strange things, like an unreasonableness judge; and, 3. limits that operate *a posteriori* of the correct application, that appears when the principle does not produce all the expected effects.

Keywords: Proportionality, principles of law, principles limits, principle scopes, reasonability.

* Tradução inédita em língua portuguesa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisas “Justiça Política e Cidadania”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP, pelos professores Rafael Tomaz de Oliveira e Danilo Pereira Lima.

¹Professor Titular de Direito Constitucional e de Filosofia do Direito da Universidad de Los Hemisferios (Quito, Equador). Email: juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

1. INTRODUÇÃO

Procura-se analisar, neste artigo, qual é o alcance e os limites do princípio da proporcionalidade no direito comparado a partir de uma perspectiva abstrata-metafísica.² Para tanto, recorreremos a uma metodologia indutiva que busca extrair, de uma multiplicidade de casos, o âmbito no qual opera este princípio e suas limitações. Todavia, como sua aplicação nem sempre é homogênea, e nem se tem o mesmo entendimento sobre a proporcionalidade em todo tempo e lugar, inicia-se esta investigação definindo qual é o sentido original do princípio, conforme será demonstrado a seguir.

2. ORIGENS E SENTIDO DO PRINCÍPIO

A aplicação do princípio da proporcionalidade (também chamado “da razoabilidade”) vem conquistando progressivamente relevância na jurisprudência constitucional da maioria dos ordenamentos jurídicos, tanto no direito continental, quanto no direito anglo-saxão. Sem embargo, são raras as vezes que o tão mencionado princípio encontra guarida na norma escrita. Como afirma Gavara, “el principal problema que plantea la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio (...) es la no previsión de su aplicación el texto constitucional” (GAVARA DE CARA, 1994, p. 313.).

A introdução deste princípio na jurisprudência tem passado por uma complexa – quando não forçosa – justificação. Na Alemanha, por exemplo, o princípio foi instaurado invocando o “Estado de Direito”, que carrega em seu cerne a ideia de limitação dos poderes públicos em favor dos cidadãos (GAVARA DE CARA, 1994, 314).³ Na Espanha, tem-se justificado o princípio em virtude do “valor

²O presente trabalho se situa dentro de um projeto de pesquisa de metafísica jurídica promovido pela Universidad de los Hemisferios.

³Na Alemanha, “o princípio da proporcionalidade tem nível constitucional. Tal força deriva do princípio do Estado de Direito em razão da essência mesma dos direitos fundamentais, que, como expressão da liberdade geral dos cidadãos frente ao Estado, não podem ser limitados pelo Poder Público além daquilo do que seja imprescindível para a proteção dos interesses públicos” (*BverfGE*, nº 19, p. 348).

justiça”⁴, da “dignidade da pessoa”⁵ e da “interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos”⁶. Nos Estados Unidos a doutrina da restrição injusta de direitos foi fruto da evolução da cláusula do *due process of law* (consagrado pela Emenda 14 à Constituição) que, em 1869, começou a ser entendido também em sentido substantivo⁷. Outros países, como a Argentina⁸, ancoram este princípio na garantia de não restrição legal dos direitos fundamentais.

Em quase todos os países, a proporcionalidade nasceu como um remédio contra os excessos em que incorriam as decisões tomadas pelo poder legislativo e pelo poder executivo⁹. Uma lei arbitrária não é Direito, nem tampouco o é um ato administrativo que restringe desproporcionalmente os direitos dos cidadãos. Sob estes parâmetros, o Tribunal Constitucional Alemão dividiu a proporcionalidade em três subprincípios destinados a controlar uma medida (*v.g.*, uma lei, uma decisão geral, um ato administrativo com efeitos gerais) emanada de um sujeito com poder (*v.g.*, o representante do Poder Executivo, o Parlamento, o Prefeito ou alguma outra autoridade), nos casos em que essa medida é considerada desproporcional, irracional, desnecessária e inadequada.

Importante perceber, portanto, que a proporcionalidade não nasceu para controlar outras violações de direitos fundamentais ou humanos perpetrados por pessoas privadas, como também não surgiu para solucionar conflitos entre particulares. Ademais, não se originou para detectar tudo o que é *arbitrário*, *antijurídico* ou contrário à razão. Uma lei pode ser irracional não apenas por exigir dos cidadãos condutas desnecessárias ou desproporcionalmente onerosas, mas, também, por ser contraditória em seus postulados; por contradizer a cultura local; ou, ainda, simplesmente por violentar um direito constitucional indisponível. Nem todo o *irracional é irrazoável ou desproporcional*¹⁰.

⁴*Sentencias* 160/1987, FJ 6º; 50/1995, FJ 7º; 173/1995, FJ, 2º.

⁵*Sentencia* 160/1987, FJ 6º, na qual também se apela à noção de Estado de Direito.

⁶*Sentencias* 6/1988, FJ 3º; 50/1995, FJ 7º.

⁷Neste sentido constam como *obiter dictum* no caso *Hepburn v. Griswold*, 8 Wall. 603 (1869), que logo o Tribunal aplicou em 26 casos durante a década de 1877 e 1887. A partir daí se estendeu seu uso. WILLOUGHBY & ROGERS, 1924, pp. 65, 391-392.

⁸Tal garantia encontra-se esculpida nos artigos 28 e 33 da Constituição Nacional da Argentina. Sobre o assunto, Cf. CIANCIARDO, 2009a, pp. 40-47.

⁹Cf. CIANCIARDO, 2009a, pp. 33-62; LOPERA, 2006, pp. 31-32.

¹⁰Por outro lado, é possível dizer que todo o irrazoável, arbitrário ou desproporcional é irracional.

De outra banda, como o princípio nasceu sem uma definição legal ou jurisprudencial clara¹¹, nem sempre fica evidente quando a sua aplicação se mostra conveniente, ou seja, quais questões encontram-se fora do jogo e quais são seus limites. Atualmente, por exemplo, encontramos autores que distinguem de maneira irreconciliável o princípio da proporcionalidade de outros princípios, tais quais os da *ponderação*, *razoabilidade* e *proporcionalidade estrita*¹², enquanto outros identificam algumas semelhanças¹³ ou o consideram uma subespécie da ponderação ou balanceamento¹⁴. Por outro lado, nas últimas décadas, o princípio vem expandido sua esfera de ação a terrenos onde inicialmente não se previa sua aplicação¹⁵.

Importante consignar, com o intuito de delimitar o tema, que, atualmente, as Cortes constitucionais tendem a identificar o princípio da proporcionalidade nos moldes desenhados pelo Tribunal Constitucional alemão (com seus três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁶. Por esse

¹¹Nesse sentido, Cf. CIANCIARDO, 2009a, p. 62.

¹²Cf. ÁVILA, 2011, pp. 128-157, quem distingue o princípio da proporcionalidade do princípio de *justa proporcão*, que opera sem tomar em conta seu fim, do princípio da *ponderação de bens*, que sopesa valores mas de forma diversa daquela com a qual opera o raciocínio de proporcionalidade, este relacionando meio e fim; do princípio da *concordância prática* que exige a máxima relação dos valores sobrepostos sem nenhuma referência ao modelo meio e fim; do princípio de *proibição de excesso* que vela por uma proteção mínima de direitos; e do *princípio de razoabilidade*, que pode operar sem menção alguma à proporção entre meios e fins, pp. 147-148.

¹³Cf. CIANCIARDO, 2009a, pp. 86-92. Bernard Schlink tem sido criticado por reduzir o princípio da proporcionalidade a dois subprincípios (excluindo a proporcionalidade estrita). Tais críticas se justificariam porque tal modelo “no sería aplicable a supuestos de casos en los que el juicio de adecuación y necesidad no sean suficientes para determinar la prioridad de un derecho frente a otro en un caso determinado. Este sería el caso de los denominados “casos difíciles” (PROTOCOLARRERO, 2011, p. 66). Sobre o tema, Cf. SCHLINK, 1976, p. 144 e SCHLINK, 2001, pp. 458-462; STELZER, 1991, pp. 49 e ss; DA SILVA, 2003, p. 162; STERN, 1994, pp. 865 e ss.

¹⁴Cf. ZÚÑIGA, 2010, pp. 260-261. ARNOLD, MARTÍNEZ ESTAY & ZÚÑIGA URBINA, 2012, p. 66, consideram que a ideia de razoabilidade abarca a proporcionalidade, de modo que, entre ambos os princípios, existe uma relação de gênero e espécie.

¹⁵Na prática, parte da doutrina tem substituído a doutrina dos direitos absolutos por esse princípio absoluto. Alexy tem defendido que nos direitos fundamentais o uso deste princípio é inevitável porque “no hay otro modo racional en el que la razón para limitar puede ser puesto en relación con un derecho fundamental” (ALEXY, 2002, p. 74), enquanto Beatty o considera como um “criterio universal de constitucionalidad” (ALEXY, 2004, p. 162). Uma boa referência sobre a suficiência da proporcionalidade e seu amplo uso se encontra em KLATT & MEISTER, 2012, tema que somente desejamos mencionar e que se situa fora de nossos objetivos.

¹⁶Sobre a influência desse princípio na Europa e na América, Cf. COVARRUBIAS, 2014, pp. 163-237; ARNOLD, MARTÍNEZ ESTAY & ZÚÑIGA URBINA, 2012, pp. 65-116. Os três últimos autores, no entanto, distinguem quatro questões que a proporcionalidade deve examinar: “a) Debe perseguir una finalidad legítima. b) Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (*geegnetheit* o adecuación). c) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención). d) Debe ser proporcional en sentido estricto”. No entanto, cabe unificar os dois primeiros elementos.

motivo, analisa-se na presente pesquisa os limites do princípio segundo o modelo alemão.

3. TIPOS DE LIMITES

Certamente, não é a primeira vez que se estuda os limites do princípio da proporcionalidade. Vários autores, ao analisarmos contornos ideais do princípio e o seu objeto de aplicação, terminam assinalando – ainda que de passagem – as limitações de sua aplicação. No entanto, raramente o assunto dos limites do princípio da proporcionalidade é tratado de maneira sistemática.

Nas pesquisas realizadas pelo presente grupo foram encontrados três tipos de limite¹⁷ que tornam inoperante o funcionamento do princípio da proporcionalidade: 1. os limites *a priori*, que atuam antes de aplicar o princípio, determinam seu alcance e estão relacionados com seus pressupostos, sem os quais não poderá operar; 2. os limites do funcionamento do princípio que, ou são limites internos, imputáveis a seu mal funcionamento, ou são externos à proporcionalidade como a irrazoabilidade do juiz; e, 3. os limites *a posteriori* de aplicar corretamente o princípio, que se manifestam quando este não produz todos os efeitos esperados.

Essa classificação demonstra como cada gênero de limites apresentam consequências diversas. Na prática:

1. A presença de limites *a priori* ocasiona uma inaplicabilidade do princípio. Ou seja, se não se dão os pressupostos do princípio, não cabe aplicá-lo.
2. A presença de limites internos acarreta que o princípio não apresenta nenhum resultado (v.g. o caso do empate valorativo), ou que unicamente produz resultados prováveis ou duvidosos (v.g. nas hipóteses em que aparecem elementos difíceis de mensurar).

¹⁷ Usamos a ideia de limite em seu amplo sentido filosófico, como contorno, demarcação ou fronteira de algo. Nosso objetivo é *delimitar* o âmbito de aplicação, uso e validade do princípio da proporcionalidade.

A definição de “limite” é objeto de debates no direito. Alguns autores apenas consideram o limites fáticos (baseados nos fatos, força maior ou estado psicológico), enquanto outros incluem a definição dentro do conceito de limites normativos; finalmente, outro setor da doutrina abre uma porta para os limites axiológicos, morais ou culturais. Sobre essa questão, Cf. ABRIL, 2007, pp. 551-572. A noção que utilizamos aqui reconhece estes três tipos de limites e inclui outros aspectos adicionais como os pressupostos essenciais de aplicação do princípio e seu nível de eficácia.

3. A presença de limites externos ocasiona um déficit de certeza na aplicação do princípio. Isto resulta em um funcionamento equivocada da proporcionalidade e produz resultados incertos.

4. A presença de limites *a posteriori* gera uma inaplicabilidade parcial das conclusões extraídas do princípio, que não se aplica a certos casos atuais ou futuros.

Nos itens seguintes, será tratado com detalhes cada um dos elementos acima descritos resumidamente.

4. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO

É de crucial importância determinar quais são os pressupostos necessários para que o princípio da proporcionalidade opere. Uma aplicação indevida do princípio, em casos para os quais não foi projetado, geraria resultados inconsistentes, contraditórios e até perigosos.

Traçando-se um paralelo com a tradicional classificação de causas (que divide as causas em: material, formal, eficiente e final¹⁸), percebemos que o princípio da proporcionalidade tem um objetivo final, formal e material, assim como uma causa eficiente que define as hipóteses nas quais o princípio atua. A seguir, passa-se a analisar cada um dos elementos que funcionam como pressupostos da aplicação do princípio. A falta de um dos elementos é suficiente para que o princípio se torne inoperante, ou para que sua aplicação se mostre questionável.

a) OBJETO FINAL

O objeto final é a finalidade para a qual o princípio foi criado. A metafísica adverte que o fim é a causa mais importante de todas: a *causa causarum*; a razão que concede sentido a tudo; aquilo que justifica o resto das causas. Por que foi criado o princípio da proporcionalidade? Como pode-se perceber, sua aparição na

¹⁸ Traçamos esse paralelo admitindo que a causalidade não opera de modo idêntico em todos os seres, nem de maneira totalmente desigual. As causas funcionam de modo distinto no cosmos, no ser pessoal e no ser intencional. Cada ato de ser tem sua forma de causar, de acordo com a intensidade de seu ser. Ainda que o princípio da proporcionalidade tenha base *in re*, sua *quidditas* é eminentemente intencional: propriamente é um hábito intelectual. Por isso, as quatro causas clássicas descobertas pelos gregos no cosmos apenas se aplicam aos entes intencionais de maneira analógica.

jurisprudência alemã deveu-se à necessidade de controlar excessos em que incorriam as decisões dos poderes públicos.

Denota-se que a proporcionalidade funciona não apenas como regra hermenêutica que permite fazer uma correta leitura de um texto normativo ou de um princípio positivado, mas, também, como uma técnica intelectual supranormativa (porque está acima das leis e impera sem necessidade de que conste explicitamente no texto constitucional) que controla a razoabilidade da ordem jurídica. Ávila considera o “postulado da proporcionalidade” como “norma de segundo nível”¹⁹, localizada em um metanível, superior às regras e aos princípios consagrados nas normas.

Há fins mais próximos e fins mais distantes. Como todo princípio intelectual, o da proporcionalidade busca chegar à verdade. A verdade é o objeto natural do intelecto; a inteligência não tem outro objeto. O princípio controla a racionalidade das leis descobrindo seus excessos, evidenciando aquilo que resulta irrazoável, tornando palpável o que é desproporcional. Tudo isso é o fim imediato do princípio intelectual. Todavia, ademais, cabe descobrir qual o seu fim mais distante.

O princípio da proporcionalidade não tem fins meramente didáticos: não busca evidenciar o irrazoável apenas com intenções diletantes. Pelo contrário, sua finalidade ulterior é controlar as decisões não razoáveis da autoridade. Este controle deve ser feito, em primeiro lugar, pela própria autoridade pública no momento de ditar suas normas; em um segundo momento, pelos cidadãos, que poderão verificar se a norma é suportável; por fim, pelo juiz, que poderá declarar imperativamente que a medida é irrazoável e que deve ser considerada inexistente, nula, inválida, inconstitucional ou contrária ao direito.

Arbitrariedade e direito são dois conceitos contrapostos. Contudo, nem sempre fica evidente claramente quais decisões são arbitrárias e quais estão devidamente justificadas. Ademais, há que se ter em conta a presunção de legitimidade das decisões da autoridade²⁰. Por isso, convém que, de forma geral, ninguém faça justiça com as próprias mãos e que seja o juiz o controlador da proporcionalidade, fazendo cair formalmente aquilo que tem aparência de direito. Entretanto, quando a arbitrariedade é sumamente patente diante de todos os cidadãos,

¹⁹ÁVILA, 2011, pp. 144-157.

²⁰O princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos foi intensamente comentada por autores como Bosch, Linares, Bielsa, Diez, Spota, Marienhoff, entre outros. Por todos, Cf. GORDILLO, 2004, pp. 145-180.

ninguém poderia ser chamado a cumprir a medida irrazoável. Parafraseando Radbruch, pode-se dizer que “uma medida extremamente irrazoável jamais é direito”.

b) OBJETO FORMAL

Tudo o que existe tem uma forma, inclusive os entes intencionais como o princípio da proporcionalidade. A forma desse princípio é justamente a “proporcionalidade” ou “razoabilidade” da medida *sub judice*. Todavia, deve-se estar atento para não confundir esta “proporcionalidade” com aquela do termo genérico “proporção”; muito menos o “princípio da proporcionalidade”, nascido na jurisprudência alemã, com as diversas “proporcionalidades” que existem em outros ramos do direito. Fala-se, por exemplo, da proporção entre culpa e pena no Direito Penal; das quotas proporcionais no Direito Eleitoral; ou da proporcionalidade dos cargos entre homens e mulheres.

A proporcionalidade, nos moldes da jurisprudência constitucional alemã, apenas se aplica quando há um “fim” (que deve ser legítimo)²¹ e uma “medida” (que deve se adequar ao fim, ser necessária e proporcional em sentido estrito)²². Ausentes esses dois extremos, os três exames - de adequação, necessidade, e proporção estrita - simplesmente, se tornariam incompreensíveis. Destes dois extremos, o que marca a pauta (que primeiro esboça a “forma”, em sentido metafísico) é o fim. Ele condiciona os caminhos que se traçam para chegar a um lugar; as medidas que se adotam para conquistar um objetivo. Tanta primazia tem o fim que, quando se descobre uma medida mais idônea e menos lesiva de conquistá-lo, a medida anterior será chamada a ceder.

Importante concentrar-se na análise da legitimidade do fim e da medida. Ao contrário do que afirma um antigo aforismo²³, o fim não justifica qualquer meio.

²¹Como afirma CIANCIARDO, 2009a, p. 65, depois de comentar a jurisprudência espanhola (sentencias 55/1996, FJ 7º; 111/1993, “R.T.C.”, t. 1993-I, p. 1239, FJ 9º) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (casos *García Manibardo vs. Espanha*, sentencia de 15-II-2000, § 36; *News Verlags GmbH and CoKG vs. Austria*, sentencia de 11-II-2000, §§ 44-46), o juízo de adequação implica que: “a) debe existir un fin; b) el fin no debe estar prohibido constitucionalmente; y c) el fin debe ser socialmente relevante. Esto último no se exige de modo uniforme en todos los países (...)”.

²²Neste sentido, Cf. ÁVILA, 2011, pp. 144-145.

²³O aforismo “o fim justifica os meios” apenas faz sentido quando significa que o meio existe em razão do fim, de tal maneira que, se por qualquer motivo desaparece o fim, o meio perde sua razão de ser. Como afirma RHONHEIMER, 2000, p. 388, se o fim não justifica o meio, o que o justifica? No Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 20-56 Jan/jun. 2017 ISSN 2318-8650

Nunca será proporcional alcançar um fim usando meios ilegítimos. Incendiar as fábricas de cigarro para melhorar a saúde dos fumantes; roubar os ricos para dar aos pobres; torturar para obter a confissão de um crime, serão sempre, *per se*, medidas desproporcionais.

Vários doutrinadores têm percebido o irrazoável que se manifesta nas leis ilegítimas. Nesse sentido, Toller²⁴, Sapag²⁵ e outros autores²⁶ consideraram conveniente anexar aos três subprincípios clássicos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita), um adicional que consistiria em um juízo de respeito do conteúdo essencial dos direitos regulados. Mesmo aceitando plenamente tão aguda observação, considera-se ainda mais apropriado e completo exigir – mediante um teste ou subprincípio – que medida em si mesma seja legítima em direito, em todos os aspectos imagináveis. Tanto o fim quanto a medida, ambos devem ser legítimos. Atualmente há um teste para analisar a legitimidade do fim, mas não há uma fórmula completa do teste que indague sobre a legitimidade da medida²⁷.

A mencionada legitimidade da medida faltaria não apenas quando atentasse contra o núcleo fundamental dos direitos regulados, mas, também dos direitos não regulados diretamente (*v.g.* quando ocorre o *factum principis*); ou quando a medida violou uma norma superior; ou foi ditada por autoridade incompetente; ou viole inevitavelmente outros princípios fundamentais como os de igualdade, dignidade, etc.. Em todos estes casos parece claro que a medida ilegítima é, por sua vez, desproporcional. Um escrevente de um Tribunal que de maneira incompetente emitiu uma ordem de prisão; ou um juiz que sentenciou prisão perpétua em uma

entanto, o mesmo autor destaca que “o fim não justifica os meios”, vale dizer, não justifica usar qualquer meio, mas, sim, tão somente os meios legítimos.

²⁴TOLLER, 2012, pp. 148-152, fala do (i) teste da existência da finalidade; (ii) teste da constitucionalidade ou legitimidade do fim; (iii) teste da adequação dos meios; (iv) teste da necessidade dos meios; (v) teste da proporcionalidade dos meios; e, (vi) teste de não afetação do conteúdo essencial do direito regulado. Observa-se que “así como el test 2 mira expresamente a la legitimidad del fin, el test número 6 se focaliza expresamente en la legitimidad del medio, que ya ha sido tocada, parcialmente en los test 3 e 5” (TOLLER, 2012, p. 151).

²⁵Cf. SAPAG, 2012, pp. 171-206, no qual sugere cinco testes ou subprincípios: (i) o juízo de finalidade; (ii) o juízo de adequação; (iii) o juízo de necessidade; (iv) o juízo de proporcionalidade (em sentido estrito); e (v) o juízo de respeito ao conteúdo essencial dos direitos regulados.

²⁶*V.g.* CIANCIARDO, 2009a, pp. 114-117, que trata do juízo de alteração ou afetação do conteúdo essencial; MALDONADO, 2012, que secunda as teses de SAPAG.

²⁷Por isso, no contexto atual, “una medida proporcionada puede hacer sucumbir los derechos fundamentales” COVARRUBIAS, 2012, p. 460. O autor citado mostra-se favorável à tese apresentada, qual seja, de incluir na proporcionalidade o dever de proteger o conteúdo essencial dos direitos (MALDONADO, 2012, pp. 462-470).

ordem jurídica em que tal pena é proibida, à toda evidência atuaram de maneira irrazoável, arbitrária e desproporcional. Ao estilo anglo-saxão, o teste poderia sintetizar-se na seguinte pergunta: a medida adotada é inconciliável com o núcleo de um direito fundamental em jogo, ou com algum fim, valor, princípio ou norma superior²⁸? Sendo inconciliável, a medida haveria de ser considerada ilegítima.

Um tema clássico nesta matéria é o da intensidade do controle que o Poder Judiciário pode realizar sobre o Legislativo e o Executivo. Nesse sentido, pergunta-se: até que ponto aos juízes é facultado o controle de razoabilidade das decisões desses poderes? Uma importante decisão da Corte Suprema argentina assinalou que “los jueces tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia; si el más alto tribunal hace esto último, desplaza a los poderes políticos y se convierte en una ‘superlegislatura’”²⁹. Esta é precisamente uma das grandes críticas que se formula ao princípio da proporcionalidade: a pretexto de aplicar a Constituição, os juízes fazem o texto constitucional dizer o que nunca afirmou, justificando com razões políticas (de conveniência e não de necessidade jurídica) aquilo que consideram ser o melhor³⁰.

O princípio da proporcionalidade, no campo judicial, tem o objetivo formal de determinar “a proporcionalidade no Direito” ou a “razoabilidade jurídica” da norma *sub judice*, e não a sua “razoabilidade política”. No âmbito da política, geralmente, o legislador possui múltiplas opções justas ou legitimadas pelo Direito, sendo que ele, o legislador, pode optar por qualquer uma delas por motivo de

²⁸Certamente, os fins, valores e princípios, assim como o núcleo essencial do direito, serão mais difíceis de definir que o registrado, preto no branco, pelas normas superiores. No entanto, não podemos desconhecer a multiplicidade de medidas que são ilegítimas, não por atentar à literalidade da lei, mas, sim, por contrariar os fins, valores, princípios e direitos fundamentais mencionados ou não nas normas superiores. Por isso, não podemos reduzir esse teste a mera inconstitucionalidade da medida adotada. Vale registrar que o desenvolvimento dessas ideias reivindica um espaço mais amplo do que aquele de que dispomos para este trabalho.

²⁹“Montalvo”, *Fallos*, 313: 1333 (1990): 79 (45), voto da maioria, considerando 9°.

³⁰Nesse sentido, Schlink assinala que “la jurisdicción constitucional no es una parte constitutiva de la política, sino su contraparte dotada de legitimación y racionalidad propias” (SCHLINK, 2001, p. 462), para concluir que deveria excluir a ponderação do princípio da proporcionalidade uma vez que possui um alto grau de subjetividade e irrelevância no momento de avaliar a afetação dos direitos fundamentais. E LEISNER, 1997a, pp. 636-639; LEISNER, 1997b, pp. 170 e ss., pressagiava que com esses princípios logo se passaria do “Estado de Direito” ao “Estado Ponderativo” criticando concretamente que “en el lugar de las grandes políticas partidarias entra, de la mano de la ponderación y del principio de proporcionalidad, una política partidaria fina y disimulada; en dicha política el funcionario público y el juez reemplazan a los parlamentarios y gobernantes (...)” pelo o que “el juez tiene que pensar en leyes y en la ponderación el razonamiento del juez no es más que política” LEISNER, 1997b, p. 72.

conveniência. No mundo jurídico, tem-se direito ou não se tem direito; algo é justo ou não é; a ação é permitida (como facultativa ou obrigatória) ou proibida³¹.

Assim, se o legislador escolheu qualquer uma das opções legítimas, o juiz constitucional não poderá invalidar a lei aduzindo uma escassa conveniência da medida adotada; ou uma má ponderação de valores, princípios ou direitos em disputa. Por outro lado, quando a norma foi adotada contra o direito (v.g. violentando o núcleo duro dos direitos constitucionais ou um pilar fundamental do ordenamento), o juiz, então, será competente para invalidar tal norma por afigurar-se como desproporcional³². Não sendo assim, o juiz se converteria em um legislador ou administrador mais autorizado do país, jogando por terra a emblemática separação de poderes.

O problema aqui se encontra na fronteira entre o “razoável no direito” e o “politicamente razoável”, que nem sempre está nitidamente traçada. Existem casos nos quais fica evidente que há uma proporcionalidade jurídica ou que não há. Por exemplo, manifestamente injusta seria a proibição absoluta de fumar para melhorar a saúde da sociedade. Por outro lado, seriam justas a imposição de normas que visam advertir para os seus efeitos nocivos à saúde, limitar lugares de comércio de cigarros, restringir publicidade, etc. No entanto, há uma zona cinzenta onde não fica claro se a razão da proporcionalidade é de ordem política ou de ordem jurídica, como acontece no caso de limitação imposta a uma fábrica para produzir apenas uma cota de cigarros (que provavelmente viola o princípio da livre iniciativa e liberdade de empresa); ou uma restrição forte à circulação de cigarros enquanto facilita-se a distribuição de drogas (caso que ofenderia o princípio da igualdade).

³¹Nesse sentido, são oportunas as palavras de Hervada que, ao falar das leis, distingue: “una perspectiva propia de filosofía política, esto es, de una contemplación de la convivencia humana en función de su desenvolvimiento correcto (que es lo propio de la filosofía política). Pero no es la perspectiva jurídica (se por perspectiva jurídica entendemos la del arte del derecho, o sea la de lo justo), porque lo jurídico es lo propio del *ius* o *iustum*; la norma es jurídica en función del *ius* o derecho (en sentido realista). La perspectiva jurídica nos es la del orden social, sino la del reparto de las cosas. (...) Dicho sintéticamente, reciben el nombre de normas jurídicas aquellas normas que se refieren a conductas justas, esto es, a conductas que son debidas – obligatorias – porque constituyen un deber de justicia conmutativa, de justicia distributiva o de justicia legal; una norma es jurídica, cuando la conducta que prescribe constituye una deuda justa” HERVADA, 2011, pp. 134-135, para o qual remetemos para uma ampliação mais amíúde do que aqui foi afirmado.

³²Destaca-se que nem o executivo, nem o legislador, nem o juiz estão obrigados a adotar a “medida mais conveniente” e “menos restritiva” de direitos, interesses, pretensões, etc.. dos cidadãos. Basta que se escolha uma solução legítima ou justa. Conforme ÁVILA, 2011, pp. 156-157; CIANCIARDO, 2009^a, pp. 92-95, este último ainda assinala que “no cabe exigir la realización total del fin buscado: basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parcial”, p. 78. Cf. Sentencia 34/1983, FJ 3º.

Diante disso, quando está claro que só existe uma saída justa ou legítima, deve-se afastar a aplicação do princípio da proporcionalidade. Se a norma superior assinala uma só possibilidade válida e a autoridade pública a adota, seria vão o esforço de analisar a questão sob a ótica da proporcionalidade da medida para concluir sua validade (em todo caso, haveria de se questionar a razoabilidade da norma hierarquicamente superior). Menos ainda haverá necessidade de rever uma questão a partir da proporcionalidade nos casos das normas que contrariam flagrantemente o direito superior. Por exemplo, se o legislador expressamente retira do Ministério Público funções a ele atribuídas pela Constituição; ou não observou o procedimento administrativo regulado por norma superior; ou não reconheceu o núcleo essencial de algum direito fundamental quando estava expressamente obrigado a fazê-lo (v.g. tipificando alguma pena proibida pela lei fundamental), tal norma, então, deverá ser considerada, de plano, espúria. Em tais casos, seria desnecessário – e quiçá contraproducente – adentrar na complexa análise trifásica da proporcionalidade.

c) OBJETO MATERIAL

O objeto material é matéria que o princípio analisa, a coisa que se julga, a saber: a medida da autoridade pública. A “medida” – meio destinado a alcançar um fim – pode ser: uma lei, um regulamento, uma norma de qualquer tipo, assim como um ato administrativo ou uma interpretação vinculante, incluindo uma sentença de juiz inferior³³.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade não nasceu para controlar os “actos de simples administración”³⁴; nem das decisões das autoridades

³³Corresponde ao tribunal *ad quem* analisar se o juiz *a quo* aplicou de maneira correta em sua sentença o princípio da proporcionalidade.

*Nota dos Tradutores: No Brasil, não temos um equivalente exato para o tipo de ato administrativo descrito pelo autor no texto (dentro dessa ideia de “actos de simples administración”, poderíamos incluir atos ordinatórios, enunciativos, de mero expediente, etc.). Em face disso, optamos por manter a expressão em espanhol para evitar mal entendidos. Para efeitos de aproximação entre a situação descrita pelo autor e o direito brasileiro, podemos indicar como chave de leitura que, nos termos aduzidos pelo autor, um ato administrativo despido de efeitos normativos diretos – ou seja, que não afetem diretamente posições jurídicas particulares – fugiriam ao âmbito de análise da proporcionalidade.

³⁴O conceito é usado em vários países. No Equador, por exemplo, têm-se definido esses atos como “toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos e hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia” (Estatuto de Régimen Jurídico, Administrativo de la Función Ejecutiva, art. 70).

privadas; nem o exercício dos direitos constitucionais; e, muito menos, os negócios privados. É certo que, como recurso intelectual, o princípio serve para evidenciar a irrazoabilidade do informe de um perito; ou a arbitrariedade empregador que exige de seus empregados que assistam a uma hora diária de televisão. Ou ainda, o irrazoável de uma greve armada para exigir do chefe uma festa de aniversário; ou o desproporcional de uma permuta que pretende trocar uma garrafa de whisky por um automóvel. No entanto, não parece que esteja nas mãos da justiça constitucional controlar os atos de simples administração, que por sua falta de firmeza não colocam diretamente em jogo direitos constitucionais, nem normas de nível superior. Tampouco, a jurisdição constitucional será chamada para controlar decisões das autoridades privadas (v.g. chefes editoriais, gerentes de empresa, líderes estudantis, reitores de universidades, pais de família, etc.), porque as autoridades privadas têm um âmbito maior de liberdade – incontrolável pela justiça constitucional – do que aquele que se atribui às autoridades públicas³⁵. Gozam do mesmo âmbito de extensa liberdade, os negócios privados, nos quais, em geral, qualquer um pode dispor livremente sobre o que é seu. Algo semelhante ocorre sobre o exercício dos direitos constitucionais, pois o princípio da proporcionalidade não se desenhava tendo em conta estes pressupostos; desejando-se aplicar o princípio a essas situações, haveria que se repensar a arquitetura trifásica do princípio³⁶. Ademais, mais absurdo seria que os juízes comessem a controlar a proporcionalidade de todas as medidas tomadas no interior da intimidade familiar³⁷.

d) SUJEITOS (CAUSA EFICIENTE)

³⁵Pelo princípio da clausura [equivalente ao que tradicionalmente se coloca no Brasil com relação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CFRB/1988) – N.T.], no direito privado é permitido fazer tudo aquilo que não seja proibido, enquanto no direito público só cabe fazer o que for facultado pela lei.

³⁶Uma sugestiva aplicação do princípio da proporcionalidade ao exercício dos direitos fundamentais foi formulada por TOLLER, 2012, pp. 152-153. Contudo, para tal objetivo, Toller não se limita a aplicar os três subprincípios clássicos (que, para ele, devem ser seis; *vid.* nota 19) a uma norma que não existe, acabando por redesenhar a proporcionalidade. Primeiro converte as pretensões das partes em “normas hipotéticas”; logo depois, passa para os seis testes da proporcionalidade a cada uma das hipóteses das normas hipotéticas; finalmente determina qual direito é real e qual é imaginário. O autor afirma haver obtido resultados satisfatórios ao analisar desta maneira o direito de greve frente ao direito à educação.

³⁷Existe uma certa intangibilidade das ações privadas que não afetam a ordem pública, o que a retira do controle judicial. Cf. MALDONADO, 2014, pp. 09-48. Afetando-se direitos de terceiros, a questão será distinta. Contudo, haverá que se deixar a salvo o princípio da subsidiariedade, que confere certa primazia para as famílias nas decisões que naturalmente lhes competem.

O agente (causa eficiente ou agente³⁸) do princípio é quem “atua” aplicando-o. Na prática, o juiz é o operador do direito que aplica o princípio para os fins antes mencionados. “Operador do direito”, em primeiro lugar, é a autoridade pública que, ao ditar a norma, deve revisar sua razoabilidade. Também é operador do direito o sujeito passivo, chamado a cumprir tal norma, e que está interessado em avaliar se a norma é ou não arbitrária. Tanto o juiz, como o operador do direito, são chamados a aplicar o princípio da proporcionalidade, embora em momentos distintos: o primeiro corresponde à atuação da autoridade pública ao ditar suas regras, atos administrativos, políticas, etc.; logo depois, o prejudicado, para avaliar o dano; finalmente, caberá ao juiz fazê-lo, nas hipóteses em que se tenha iniciado um processo para controlar a medida da proporcionalidade.

5. LIMITES DO FUNCIONAMENTO DO PRINCÍPIO

Cumpridos todos os pressupostos mencionados nos itens anteriores (basicamente: que exista uma autoridade pública; uma medida imperativa adotada; um sujeito passivo chamado a cumpri-la; um critério de razoabilidade jurídica; e uma possibilidade de controle), então caberá aplicar o princípio da proporcionalidade. No entanto, seria ingênuo esperar que esse princípio nos proporcione todas as respostas desejadas no caso examinado.

O funcionamento desse princípio tem seus limites internos e externos. O princípio está limitado internamente porque há casos que ele não pode resolver; ademais, existem limites externos que tornam inoperante o princípio por causas a ele alheias. Tais limites serão por nos analisados nessa ordem.

5.1. Os limites do conhecimento humano

³⁸Segundo Aristóteles a Causa eficiente é “aquello de lo que primariamente proviene el cambio” (Física II, 7, 198 a 25). A partir dessa noção, a causa eficiente compreende tanto a *ação produtora da mudança*, como o sujeito que a realiza e se apresenta como o agente da mudança. Por isso, “a ese complejo de sustancia e acción es a lo que se llama también ‘agente’ GARCIA LÓPEZ, 1995, p. 259. A causa eficiente pode dividir-se em diversos modos: total ou parcial; causada ou incausada; universal ou particular; unívoca ou análoga; principal ou instrumental; necessária ou contingente; determinadas ou livres. Cf. ALVIRA, CLAVELL & MELENDO, 1986, pp. 211-212.

Vários autores têm destacado que os princípios da proporcionalidade e ponderação possuem os mesmos limites que o próprio conhecimento humano³⁹. Por experiência própria, sabemos que nosso conhecimento é limitado. Pensamos, refletimos, erramos, retificamo-nos. Tentamos assegurar o resultado do nosso discurso racional formalizando processos mentais que se mostram como “corretos”, mas, mesmo os resultados melhor deduzidos, muitas vezes fazem-nos duvidar. No direito confiou-se muito – hoje se pensa que de forma demasiada – na técnica do silogismo que todo juiz deveria aplicar. Segundo a referida técnica, a premissa maior era a norma, a premissa menor os fatos, e a conclusão da resolução a sentença. Não descartamos que esse método tenha servido para solucionar alguns casos simples, mas quantos casos controvertidos e até sensíveis escapam a esta fórmula de aplicação do direito?

Nesse ponto, a hermenêutica jurídica tem um paralelo com a história do pensamento grego. Foi justamente o Estagirita quem descobriu o silogismo, ao qual dedicou uma excepcional análise no livro *Analíticos Anteriores*. “El descubrimiento de el silogismo entusiasmo a su autor. Quien hace un invento, y el silogismo lo inventa y lo estudia ampliamente Aristóteles, es natural que intente apurar su alcance. También es comprensible que sus seguidores centren su atención en ello y estudien menos las otras partes de sus planteamientos metodológicos”⁴⁰. Todavia, é comum esquecer que Aristóteles foi um pensador suficientemente aberto para a realidade capaz de perceber que nem todos os campos admitem um mesmo tipo de conhecimento. Jamais foi um panlogista, que reduzia tudo a silogismos. Ao contrário, Aristóteles teve em conta que “la teoría del silogismo es la lógica del conocimiento de lo necesario. El silogismo es el método demostrativo riguroso se requieren dos condiciones para que funcione con entero rigor: que nosotros conozcamos lo necesario e que lo necesario exista (respectivamente, lógica formal y lógica material).

³⁹Cf. ELSTER, 1999, pp. 11 e ss.; BERNAL, 2008, pp. 47-50; PORTOCARRERO, 2011, p. 129. Este último assinala que se é certo que a ponderação “concede un alto grado de racionalidad, tiene también límites que les son intrínsecos. Los límites de la ponderación se derivan de los límites de lo conocimiento humano y la posibilidad de elaborar, a partir de lo que se puede llegar a conocer, juicios prácticos de deber ser”. Bernal critica “todo aquel que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas de lo juez” porque incorreria em uma “hiperracionalidade” BERNAL, 2008, p. 49.

⁴⁰POLO, 2002, p. 141.

En tal caso, se puede conseguir conclusiones, en sentido estricto, es decir, se logra un racionar riguroso, demostrativo, aplicable a la ciencia teórica”⁴¹.

Aristóteles desenvolveu sua teoria do conhecimento não apenas nos *Analíticos*, mas, também, nos *Tópicos*, na *Retórica*, na *Poética* e nas *Categorias*. Um lugar central na matéria ocupa os *Tópicos*, que são os “lugares comuns” ou “convencões sociais compartilhadas” que, por isso mesmo, não gozam de necessidade em sentido estrito. Eles admitem a discussão, e diferenciam-se segundo o tipo de comunidade que os aceite. “!Quien vence en una discusión! El que tiene mejores razones. En cambio, cuando se trata de lo necesario, la discusión carece de sentido. Lo necesario se puede enseñar, pero non se puede discutir”⁴². Polo conclui que “Al distinguir estas dos dimensiones del hombre (su parecido con los dioses u su condición de animal social) tenemos las dos lógicas de Aristóteles. Por ese dice que cuando se trata de un saber practico (acerca de lo útil, de lo justo, etc..) cuatro ojos ven mas que dos. En cambio, cuando se trata de la ciencia rigurosa, cuatro ojos no ven mas que dos. En científico se puede aislar (...)”⁴³.

Por outro lado, quando na discussão não há “tópicos” (convicções comuns), convém aplicar a retórica. Por isso, para Aristóteles “La retorica tiene un uso fundamentalmente político y jurídico, en orden a resolver conflictos de intereses. Cuando hay conflictos de este tipo dentro de un grupo social sin convicciones comunes, se acude a la lógica para determinar un ganador. Cuando se trata de convencer sin partir de convicciones comunes, más que buenas razones, lo que hay son razones más o menos fuertes dirigidas, por ejemplo, a la emotividad. Por eso, al científico no hay que pedirle que sea persuasiva; al político, si. Pero no se puede abandonar la actividad del pretor a la arbitrariedad. Hay que averiguar el tipo de lógica que utiliza”⁴⁴.

Sem embargo, o ímpeto progressista da modernidade nos enfeitiçou, fazendo-nos pensar que o direito poderia operar como uma ciência exata, na qual o juiz resolveria tudo de maneira mecânica. Há algumas décadas, a informática jurídica

⁴¹POLO, 2002, p. 142.

⁴²POLO, 2002, p. 142.

⁴³POLO, 2002, p. 143.

⁴⁴POLO, 2002, p. 144. A retórica não conduz a resultados de grande certeza. Polo considera que “eliminado el excesivo prestigio del silogismo, su uso lógico en la tópica es el más importante. Su uso retórico es más débil, porque el termino medio del silogismo retorico es el menos universal (a la lógica retorica cabe llamarla lógica indicial; el termino medio en ella nos es más que un indicio) POLLO, 2002, p. 146.

[*jurismática*] pretendeu que se cresse em algo semelhante. Atualmente, há um acentuado ceticismo a esse respeito e até sediminuiu bastante o crédito do silogismo. Entretanto, pretende-se que os juízes apliquem quase mecanicamente fórmulas como as seguintes, que servem para fixar o peso dos elementos a serem ponderados, e deveriam solucionar corretamente os conflitos.

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

Fórmula diferencial

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Fórmula de cociente

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} \quad G_{i,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

Fórmula de Peso Completa

Fórmula de Peso Estendida⁴⁵

Para piorar a situação, estas quatro fórmulas simples propostas por Alexy não têm encontrado muito consenso na doutrina. Tem-se observado problemas, por exemplo, na acumulação de valores individuais e coletivos, e na conveniência de uma escala triádica, decimal ou indefinida de peso; na série (aritmética, geométrica ou exponencial) com que os valores devem multiplicar-se para apreciar bem o dano; na forma de medir a certeza normativa e empírica. Por isso, os autores têm apresentado novas fórmulas “mais completas”. Para citar uma entre muitas, Bernal propõe “un modelo mas completo de la fórmula del peso”⁴⁶, como podemos observar abaixo:

$$G_{Pi,jC} = (S_{PiC} \cdot P_{PiC}) \cdot (E_{PiC} \cdot V_{PiC} \cdot P_{PiC} \cdot A_{PiC} \cdot D_{PiC}) \cdot G_{PiA} \cdot (S_{EIPiC} \cdot S_{NIPiC} \cdot S_{NPPiA})$$

⁴⁵Na qual *Pi* representa o princípio interventor que entra em colisão com o princípio *Pj*; *IPi* a intensidade da intervenção; *C* alude ao caráter concreto de *IPi*, que expressa as circunstâncias do caso, relevantes para a decisão. *IPiC* pode mostrar uma intensidade *l*, *m* ou *g* (leve, mediana ou grave), cuja variável também pode ser descrita como *li* (logo, *IPiC* = *li*). Por sua vez, *Ij* alude à intensidade hipotética do princípio *Pj*.

GPi é o peso abstrato de *Pi*. *GPi* também pode ser explicada com a variável *A* (análoga à variável *C*) da qual se obtém *GPiA* que também se expressa sinteticamente com *Gi* (logo, *GPiA* = *Gi*). Distinta é a fórmula diferencial que resulta de *li* – *Ij* e serve para aqueles que trabalham com fórmulas aritméticas. *Gi,j* resulta de *li/Ij* e serve para quem trabalha com fórmulas geométricas.

Para maior precisão, tem-se adotado a variável da segurança epistêmica (seguro, plausível ou falso) que se expressa com a variável *Si* para *Pi* e *Sj* para *Pj*.

⁴⁶BERNAL, 2008, p. 47.

 (SiPjC · PjPjC) · (EPjC · VPjC · PPjC · APjC · DPjC) · GPiA · (SEPPjC · SNPPjC · SNPPjA)

Mesmo assim, o autor admite que não se pode pedir tanta exatidão ao princípio da proporcionalidade, sob pena de ocasionar um “hiperracionalismo”⁴⁷. Como afirma Moreso, “Aun en un modelo especificacionista, hay lugar para la indeterminación. No por se produzcan empates en el sentido de Alexy, sino pelas dos siguientes razones: en primer lugar, como ya he recordado, por la vaguedad de los conceptos con los que representamos nuestras propiedades y, en segundo lugar, porque es posible imaginar supuestos en los cuales a partir de los principios en conflicto se puedan generar dos o más reconstrucciones alternativas, las cuales, se bien resuelven de modo univoco los casos paradigmáticos, representan diferencias significativas en otros casos y no hay, sin embargo, razones elegir entre ellas”⁴⁸. No fundo, é plausível se perguntar: até que ponto é admissível manobrar aritmeticamente variáveis quantitativas, mesclando-as com variáveis qualitativas, implícitas em um grande número de juízos de ponderação? Considera-se que, *prima facie*, a presença de variáveis qualitativas – ainda mais quando discutíveis – deveriam eximir o juiz de aplicar estritamente as fórmulas anunciadas.

Se tomarmos em conta os esquemas aristotélicos, é provável que o princípio da proporcionalidade não caberia bem dentro dos Analíticos, mas, sim, dentro dos Tópicos (se houver consensos); ou dentro da Retórica (nos casos de falta de consensos)⁴⁹. Em qualquer caso, o uso dessa técnica não seria apodítico, não analisaria questões necessárias e deveria deixar um espaço para a discussão. Para ver se uma medida é proporcional ou não, quatro olhos valem mais que dois, porque a questão, geralmente, apresenta um amplo número de variáveis quantitativas e qualitativas que tornam muito complexa a resolução. Isto contribui para que os juízes se limitem a usar a proporcionalidade aos casos estritamente necessários. Em geral, um parlamento com centenas de olhos deveria apreciar de melhor modo a razoabilidade de uma medida do que um mero par de olhos de um juiz.

⁴⁷BERNAL, 2008, pp. 47-50.

⁴⁸MORESO, 2008, p. 83.

⁴⁹Justamente tem-se assinalado que a ponderação não é mais do que uma “fórmula retórica” ou “uma técnica de poder”. LEISNER, 1997b, p. 171. Que talvez se exceda ao declarar que não há um conceito claro e uma estrutura jurídica precisa.

Da intuição aristotélica, percebemos duas diretrizes: (i) será mais seguro usar o princípio da proporcionalidade quando existirem “tópicos”, consensos sociais sobre os elementos em jogo, do que nas hipóteses em que estes venham a faltar; e, (ii) as decisões adotadas por grandes corpos colegiados, com dezenas de olhos, serão menos propensas a serem examinadas pelos limitados olhos do juiz.

5.2. Os casos de empate valorativo

Os casos de empate valorativo são muito raros no direito, mas acontecem. O empate se dá quando, no momento de se ponderar distintos extremos, conclui-se que todos possuem igual valor. Segundo o subprincípio da proporcionalidade estrita, deve dar-se um equilíbrio entre a restrição constitucional a ser realizada e a satisfação do fim buscado. Aplicando a simples escala triádica (alta, média, baixa), classificamos a restrição em função da sua intensidade e a satisfação em função de sua importância. Segundo a doutrina tradicional, reputa-se desproporcional as medidas com alta restrição de direitos que buscam uma satisfação média ou uma satisfação baixa. Por sua vez, parecem proporcionais aquelas medidas que buscam uma satisfação alta, com uma restrição baixa (e, geralmente, com uma satisfação média). Haveria empate naquelas medidas nas quais tanto a satisfação quanto restrição são altas, médias ou baixas⁵⁰. Se a balança não se inclina por alguém, a quem há de dar-se razão? A resposta mais comum indica que o empate se resolve a favor do legislador: sua norma ficaria empé.⁵¹

Na realidade, os autores não se contentam com os empates e, ao invés de lançarem uma moeda para decidir a sorte, procuram atribuir algum peso adicional no prato do legislativo para que a balança incline-se ao seu favor. Na prática, trazem à luz argumentos como o da presunção de constitucionalidade das leis; do controle de constitucionalidade como *ultima ratio*; da separação de poderes própria do Estado

⁵⁰Existem outras possibilidades não analisadas que, ademais, poderiam se multiplicar, no caso de substituir a escala triádica por outras variáveis numéricas (v.g. do 1 ao 10), ou ainda, se introduzirmos variáveis qualitativas. Não nos interessa, aqui, mostrar quão complexo pode ser o assunto. Desejamos, apenas, delinear o conceito de “empate valorativo”.

⁵¹Ver BERNAL, 2008, pp. 57-58; LOPERA, 2008, p. 294; MORESO, 2008, p. 72, quem, desenvolvendo o critério de Alexy, conclui que “las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas”.

Constitucional; e o favor à democracia⁵². Como pode-se perceber, os pesos que se colocam no prato do legislador não têm ligação com os níveis de satisfação e restrição que a medida produz, porque, se for restringido a eles, não haveria forma de resolver o assunto. Evidencia-se, pois, que o princípio da proporcionalidade não opera nos casos de empate valorativo⁵³, de tal maneira que se faz necessário recorrer a argumentos externos ao princípio para encontrar uma solução. Por sua vez, o recurso a essas externalidades demonstra um óbvio-ululante [*verdad de Perogrullo*]: nem a ponderação, nem a proporcionalidade, são os únicos métodos de resolver conflitos.

De resto, não consideramos que o empate deva ser resolvido sempre a favor da autoridade que dita a medida. Pense-se, por exemplo, em uma administração tributária que, mediante impostos, tira \$ 100 de alguns ricos para dar \$ 100 a outros ricos: o nível de satisfação de uns é exatamente igual ao nível de satisfação de outros, mas, parece, que tão absurda medida não deveria se manter. Ademais, o empate jamais deveria justificar a ação do legislador que violenta o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em face do princípio de intangibilidade desses direitos; em face do princípio *pro homine*; em face do princípio *pro libertate*, e em razão de muitos outros princípios que não cabe aqui mencionar⁵⁴.

5.3. A Incomensurabilidade

Uma das críticas mais frequentes aos princípios da ponderação e da proporcionalidade é a impossibilidade de comparar extremos qualitativamente diversos: a satisfação de um fim e a restrição de um direito. Seria como comparar maçãs com laranjas⁵⁵. Na jurisprudência estadunidense, o juiz Scalia já afirmou que este processo de argumentação implica realizar uma comparação entre duas magnitudes incomensuráveis: seria como determinar “se uma linha é mais larga do

⁵² Assim, no epílogo à Teoria dos Direitos Fundamentais (2002, p. 43), Alexy defende uma carga de argumentação a favor da lei, que se há de ter como “não desproporcional”. Bernal inclina-se “a favor à democracia” (2008, p. 58). Frente à dúvida da validade, considera-se que deve ser mantido o que os representantes do povo decidiram.

⁵³ Nas palavras de Alexy, “los casos de empate se sitúan en un margen de acción para la ponderación, y, por lo tanto, en un margen de acción estructural para la ponderación” ALEXY, 2008, p. 29.

⁵⁴ Apoiando esta postura, encontramos uma opinião do mesmo Alexy, assumida quinze anos antes de sustentar o que consta na nota n. 52. Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1997, p. 549), Alexy justifica uma carga de argumentação em favor da liberdade e da igualdade jurídica, baseada no princípio *in dubio pro libertate*.

⁵⁵ Sobre este exemplo, Cf. BOROWSKI, 2013, pp. 1409-1418.

que uma determinada pedra é mais pesada”⁵⁶. Também Aleinikoff se soma à crítica, ao considerar que não existe um critério racional objetivo para valorar ou comparar cada interesse em jogo, nem tampouco um *tertium comparationis* que faça as vezes daquela moeda comum, necessária para valorar os extremos comparados. Segundo Aleinikoff, “ningún sistema de identificación, evaluación y comparación de intereses ha sido desarrollado”⁵⁷. Por isso, conclui que “la teoría de la interpretación que fue creada para traer al realismo al derecho y limitar la subjetividad en la interpretación constitucional parece ser cada vez más manipulativa”⁵⁸.

Aleinikoff tem, em parte, razão. Com efeito, a operação intelectual de comparar exige ao menos três coisas: 1. que existam dois ou mais elementos distintos; 2. que tais elementos possam ser mensurados; e, 3. que a medida com a qual são mensurados seja a mesma. A respeito do primeiro ponto, no princípio da proporcionalidade existem dois extremos claramente distintos: a satisfação e a restrição ocasionadas pela medida⁵⁹. No que tange ao segundo ponto, há que se refinar um pouco as críticas. É de se observar que, com frequência, os elementos são absolutamente mensuráveis (v.g. quando está em jogo a propriedade de um imóvel com um valor cadastral prefixado; ou quando se avaliam custos de uma política econômica); outras vezes, embora a mensurabilidade não esteja predefinida, podemos ter bens de “altíssimo valor” (v.g. a vida humana), ou, pelo contrário, de “ínfimo valor” (v.g. um tempo de lazer); finalmente haverá elementos extremamente difíceis de comensurar (v.g. liberdade de consciência). Assim, será tortuoso aplicar o princípio da proporcionalidade àqueles elementos que sejam, ou de altíssimo valor, ou de ínfimo valor⁶⁰. Talvez, o mais honesto em tais casos será o juiz reconhecer expressamente que é arriscado aplicar a eles o princípio da proporcionalidade.

Finalmente, a respeito da medida de comparação (o *tertium*

⁵⁶Cf. *Bendix Autolite Corp. vs. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988).

⁵⁷ALEINIKOFF, 1987, p. 982.

⁵⁸ALEINIKOFF, 1987, p. 981. A literatura sobre a crítica à incomensurabilidade é abundante. Cf. HABERMAS, 1996, p. 369; RAZ, 2001, p. 46; GÜNTHER, 1988, pp. 275 e ss.; TRIBE, 1985, p. 595; HENKIN, 1978, p. 1048; FRANTZ, 1963, p. 748; HIRSCHBERG, 1981, pp. 132-135, 153 e ss.; JASEN, 1997, p. 152. FINNIS, 1997, pp. 219 e ss. Aponta ainda que a comensurabilidade apenas é possível se: (i) os objetivos se encontrarem bem definidos; (ii) os custos puderem ser comparados tendo como parâmetro uma única unidade de valor; (iii) os benefícios puderem ser quantificados segundo essa medida comum; (iv) os custos e benefícios não comparáveis não devem ser estimados como relevantes.

⁵⁹Em uma simples ponderação, podem existir uma multiplicidade de elementos nos diferentes pratos da balança: princípio, direitos, interesses, expectativas, pretensões, etc..

⁶⁰Provavelmente, neste caso, o melhor seja declarar um empate valorativo presumido.

comparationes), tem-se afirmado que o ponto de referência deverá ser sempre a Constituição e os fins, valores, princípios, interesses, direitos, pretensões, etc., nela consagrados⁶¹. No entanto, a história tem demonstrado que a jurisprudência nem sempre se limitou a analisar pressupostos constitucionais⁶².

Introduzimos, aqui, uma consideração tipicamente metafísica que pode lançar alguma luz no problema. Ontologicamente, existe um termo comum a tudo o que existe neste universo: *ser*. O ser se “tem” ou é “participado” em diferentes graus⁶³. Quanto maior a intensidade do ser, maior perfeição ontológica, maior o valor metafísico. Existem diversos gêneros de ser: o ato de ser⁶⁴, a forma substancial, os acidentes, os hábitos e as ações (ou atos segundos)⁶⁵. Em princípio, os primeiros valem mais que os últimos, ao menos que as potencialidades confirmem uma elevação do ser⁶⁶. O jurídico se relaciona sempre de maneira mais ou menos direta com algum tipo de ser, e, essa medida, possui valor. Assim, não é tão certo que entre os diversos elementos a se ponderar (v.g. fins, valores, princípios, interesses, direitos, pretensões, etc.) não exista nada em comum. Traduzindo em linguagem popular, a ninguém escapa que a vida humana (e o direito a tê-la) vale mais do que a vida de uma mosca (e do que o direito ao meio ambiente); nem que dez gramas de outro valem mais do

⁶¹Nesse sentido, PORTOCARRERO, 2011, p. 82.

⁶²A Suprema Corte dos Estados Unidos não apenas tem recorrido ao paradigma da Constituição como, também, a critérios históricos, ao consenso social vigente ou à importância em abstrato de um determinado interesse. Em *Schneider v.s. State* 308 U.S. 147 (1939), por exemplo, a Suprema Corte ponderou interesses que estão fora da Constituição.

⁶³Uma vertente metafísica muito importante, ancorada em Tomás de Aquino, defende os graus de ser mediante à noção de participação e analogia de ser. Outros filósofos, como Leonardo Polo, possuem visão distinta. Neste caso, embora não se aceite a participação do ser, admite-se, por outro lado, a diversidade de perfeições.

⁶⁴Por sua vez, existem três tipos de atos de ser: o divino; o do resto das pessoas; o do universo, cuja perfeição varia nessa ordem. Polo coloca, entre os atos do ser pessoal, os transcendentais antropológicos da liberdade e da coexistência, algo que se mostra muito relevante no momento de se estabelecer a hierarquia axiológica.

⁶⁵O significado de *ser* não é unívoco. Ao contrário, aplica-se a diversas realidades com uma certa analogia. Em primeiro lugar, ao *ato de ser*, ao ser sem mais, ao constitutivo mais radical de tudo pelo qual as coisas “são”. Em segundo lugar, o ser se predica do *modo de ser*, que pode se manifestar como: substancial, acidental, formal, corporal, intencional, etc.. O mar tem um “modo de ser” muito distinto ao de um cachorro, todavia, ambos coincidem, uma vez que “são”. Cf. GARCIA LÓPEZ, 1995, pp. 43-52.

⁶⁶A hierarquia axiológica merecia ser explicada em um estudo a parte. De forma breve, seguindo os critérios dados, deduzimos a seguinte ordem de valores: o divino, o humano e o do cosmos. Dentro da ordem humana, distinguimos a dignidade da pessoa humana (própria de seu ato de ser) e seus valores relacionados (liberdade, sociabilidade, etc.), daqueles próprios de seu espírito (verdade, bem, beleza); dos de sua corporalidade (v.g. vida material, saúde, integridade física, etc.); de seus bons hábitos (virtudes intelectuais e corporais); e das ações meritórias. Posteriormente, caberia sopesar o valor de cada ente do cosmos, ordenando-os segundo sua perfeição ontológica (v.g. animais, plantas, matéria inerte, etc.).

que uma; nem que, em uma invasiva operação cirúrgica, o interesse jurídico por salvar um órgão é maior do que o de manter a pele sem cicatrizes, etc. Por isso, é necessário determinar ontologicamente qual valor pesa mais e qual valor pesa menos. Sem uma sólida escala de valores, se tudo for relativo, ao final seria impossível realizar o mais modesto balanceamento. Não desenvolveremos mais esta ideia neste trabalho porque ela mereceria muitas considerações e linhas adicionais⁶⁷.

b) LIMITES EXTERNOS DO PRINCÍPIO

Para que a proporcionalidade funcione adequadamente são necessários ao menos dois elementos externos ao princípio, que nem sempre são encontrados concretamente: 1. que exista um julgador razoável; e, 2. que exista certeza nas premissas e elementos do princípio.

1. A razoabilidade do julgador

Acusa-se o princípio da proporcionalidade por ser uma estrutura formal vazia, baseada exclusivamente em apreciações subjetivas, ideológicas e empíricas do juiz, que se encontraria autorizado para apreciar, discricionariamente, o peso nos diferentes pratos da balança, decidindo arbitrariamente o caso⁶⁸. Em suma, seria uma figura retórica para justificar as apreciações do juiz⁶⁹. No extremo, Habermas sustenta diretamente a irracionalidade e a periculosidade da ponderação por carecer de critérios que garantam objetividade decisória⁷⁰. Corroborando a assertiva habermasiana, Schlink afirma que a ponderação se mostra desnecessária e que seu uso pode ser omitido dentro do princípio da proporcionalidade⁷¹.

Em defesa do princípio, é possível observar que as críticas não estão dirigidas diretamente a ele, mas, sim, aos juízes que o utilizam⁷². Irracional não é o

⁶⁷Entre outras coisas, seria necessário explicar porque a tese de direitos de distintos valores não se contrapõe às teorias conflitualistas ou “concertistas” dos direitos, nem pressupõe uma menor valoração dos titulares do direito diverso.

⁶⁸Nesse sentido, OSSENBUHL, 1995, p. 905; BETTERMAN, 1964, pp. 601 e ss.; GARCÍA AMADO, 1996/1997, p. 71.

⁶⁹Cf. DE LORA, 2000, pp. 359-369; GARCÍA AMADO, 1996/1997, pp. 65-86; GAST, 2006, p. 382.

⁷⁰HABERMAS, 2008.

⁷¹Ver o que foi afirmado na nota 13.

⁷²Confrontar com PORTOCARRERO, 2011.

princípio, mas o julgador que dele faz mal uso. Uma sentença razoável requer a presença de um juiz razoável. E a afirmação vale para qualquer técnica em direito: desde a subsunção⁷³, até à ponderação e à proporcionalidade. No final do caminho, a decisão judicial sempre ficará nas mãos de um juiz com convicções próprias.

No fundo, se é certo que uma depurada técnica jurídica pode corrigir certos destinos lógicos, também o é que ela não servirá para nada nas mãos de um juiz iníquo, que pensa apenas em como justificar sua posição. O juiz com uma vida sexual promíscua, inclinar-se-á por uma sentença mais flexível quando chamado a decidir sobre o caráter obsceno ou indecente de uma propaganda. Pensamos o que fazemos; fazemos o que pensamos⁷⁴. Por isso, para evitar desatinos e injustiças, uma sentença justa requer tanto a presença de um juiz técnico quanto a presença de um juiz justo.

Dito isso, cabe agora alcançar um grau maior de precisão. Na realidade, nem toda decisão requer o mesmo grau de fineza na mensuração dos extremos. Uma multa de trânsito imposta com justiça pelo policial mais ignorante simplesmente vendo o fato e aplicando a lei; ou ainda o agente policial de fronteira que impede de adentrar ao país quem não apresenta os documentos devidos. O problema com o princípio da proporcionalidade é o manejo de fórmulas mais complexas, que avalia uma multiplicidade de variáveis quantitativas e qualitativas, ao que se soma a mal definida linha entre o “politicamente razoável” e o “juridicamente razoável” (esta última é a única dimensão na qual o juiz pode se pronunciar), tudo acaba dando maior peso às convicções do juiz.

Um juiz razoável há de ser suficientemente honesto para admitir seus próprios limites no momento de julgar.

⁷³Como assevera Serna, “aun admitiendo la viabilidad del modelo silogístico de la subsunción como forma lógica de la aplicación del derecho, hay al menos tres operaciones que no pueden llevarse a cabo sin el concurso personal – creativo, valorativo – del intérprete, y no se obtiene de una elección *ad hoc*: a) la selección de la norma aplicable (...) b) la equiparación entre supuesto de hecho de la norma, que es siempre general y abstracto, y los hechos del caso (...). c) la determinación de la consecuencia jurídica” SERNA, 2002, pp. 746 e ss.

⁷⁴Cf. CARDONA, 1973. Em princípio, as conclusões do intelecto escapam ao poder da vontade e se impõem. 2+2=4 não depende do desejo de ninguém; o resultado dessa somatória será 4 sempre, em qualquer época da sociedade. Assim também acontece com as primeiras conclusões da ciência da moral e com os primeiros princípios do direito. *In recto*, não são disponíveis. Entretanto, *in oblicuo* – máxime nas ciências humanas –, quem atua mal tende a justificar-se. Esta justificação leva o agente a desatender as razões que pesam sobre a sua consciência e a fixar-se mais fortemente naquilo que o escusa. Se não há esforço para corrigir a conduta errada, eventualmente a vontade acaba aplicando truques no intelecto e o sujeito, por um juízo menos exigente de consciência, termina optando por uma posição intelectual mais cômoda.

2. A certeza das premissas e os elementos do princípio

Percebe-se que são chamados a aplicar o princípio da proporcionalidade tanto a autoridade pública, quanto o julgador. Inicia-se, então, falando do legislador que adota uma lei muito restritiva de direitos. Em uma célebre afirmação, Alexy asseverou que “cuanto mayor sea a intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”⁷⁵. Ou, dito de forma negativa: a falta de certeza restringe as possibilidades de intervir nos direitos fundamentais, reduzindo a margem de discricionariedade da autoridade. Em face de um elementar sentido comum, são desproporcionais as restrições graves aos direitos, levadas a cabo pelo legislador, quando estejam baseadas em simples rumores; situações alarmantes não comprovadas; em raras suposições ou em riscos pouco prováveis. Uma lei que procura evitar a epidemia de uma doença não comprovada, ou provável, mediante expropriações; restrições de acesso a prédios; silenciando, ademais, a opinião contrária, seria irrazoável e a justiça constitucional deveria retirar-lhe os efeitos.

Caso distinto acontece quando é o julgador que não encontrou certezas nas premissas e elementos que se apresentam como necessários para que o princípio da proporcionalidade funcione adequadamente. Se o ponto de partida é incerto, mais incerto ainda será o resultado. Se o juiz introduziu premissas irracionais ou falsas em sua argumentação, será impossível obter resultados certos. Portanto, como neste caso o princípio da proporcionalidade não opera (ou o faz produzindo disfunções), cabe, então, concluir que o juiz não está endossado para retirar os efeitos da norma sub judice, criando-se, com isso, uma “margem de ação epistémico-normativa”⁷⁶ em favor do parlamento ou dos poderes públicos, sobre a qual o Poder Judiciário não poderá intervir.

Em ambos os casos, as incertezas podem pairar sobre⁷⁷:

- O fim da norma: qual é a finalidade da norma e seu alcance; se tem guarida constitucional ou não; se é lícito; se é um fim único ou são vários

⁷⁵ALEXY, 2008, p. 38.

⁷⁶ALEXY, 2008, p. 58.

⁷⁷Em geral, e secundando Alexy, afirma-se que a incerteza pode se dar tanto nas premissas empíricas, quanto nas normativas. Frequentemente, a análise se limita à certeza de grau de idoneidade; de grau de lesividade; e da necessidade (v.g. LOPERA, 2008, pp. 82-83), descuidando-se de outros aspectos importantes da segurança. Aqui, temos procurado integrar estes aportes a uma análise mais completa da certeza.

fins; se tal fim implica satisfação alta, média ou baixa, etc.

- A medida adotada: se é lícita em si mesma ou não; se é idônea para alcançar o mencionado fim; se existem provas suficientes que respaldem sua eficácia; quais e quantas poderiam ser as medidas alternativas; dentro das medidas possíveis, qual é a menos restritiva; qual é a mais satisfatória e qual é a que melhor atinge o equilíbrio, etc.
- As restrições e satisfações: se existem ou não; se são direitos, meras expectativas, interesses, etc.; se seu nível é intenso ou importante; se está dispondo de direitos intangíveis, etc.
- A proporcionalidade em sentido estrito: qual é o *tertium comparationis*, se é proporcional ou não; se a medida é “juridicamente razoável” ou “politicamente razoável”, etc.

Os graus de segurança, por sua vez, podem ser⁷⁸: 1. A certeza, que é “el estado de la mente que se adhiere firmemente y sin ningún temor a la verdad”⁷⁹. Ela admite principalmente dois graus: a “certeza absoluta”, que exclui absolutamente toda dúvida sobre a tese contrária, e a “certeza moral”, que exclui apenas as dúvidas razoáveis que apoiem a tese contrária (embora deixe um resquício para a possibilidade de erro)⁸⁰. A melhor doutrina canônica afirma que basta a certeza moral para ditar a sentença⁸¹. A probabilidade não é um estado da mente, apenas constitui um indício sobre a resposta correta. Um juiz não pode basear-se em probabilidades para condenar alguém; nem para derrogar uma lei. Ao contrário, deve possuir razões de fundo e provas que ofereçam ao menos uma certeza moral.

⁷⁸Criticamos neste trabalho a escala triádica de segurança (que a caracteriza como certa, plausível e falsa) adotadas por muitos doutrinadores e que não toma em consideração – provavelmente desconhece – a gnosiologia mais básica e clássica. Não se trata de uma mera questão filosófico-doutrinária, mas, sim, algo que tem sérias repercussões no direito probatório e em outros ramos. Uma exposição adequada para o público em geral pode ser encontrada em LLANO, 1984, pp. 51-70.

⁷⁹LLANO, 1984, p. 52.

⁸⁰Aristóteles advertia que “não devemos buscar o mesmo grau de certeza em todas as coisas” (Ética a Nicômaco, I, 1094b 13) e Tomás de Aquino que “nos negócios humanos não cabe dar-se uma prova infalível e definitiva; basta uma certeza moral” (Suma Teológica, I-II, q. 105, a 2, ad 8).

⁸¹A doutrina mais clara que encontramos a este respeito consta no Magistério Pontifício. “In opposizione a questo supremo grado di certezza il linguaggio comune chiama non di rado certa una cognizione che, strettamente parlando, non merita un tale appellativo, ma deve qualificarsi come una maggiore o minore probabilità, perché non esclude ogni ragionevole dubbio e lascia sussistere un fondato timore di errare. Questa probabilità o quasi-cerchezza non offre una base sufficiente per una sentenza giudiziaria intorno alla obbiettiva verità del fatto” (PÍO XII, Discurso a la Rota Romana de 1-X-1942). Cf. JOÃO PAULO II, Discurso a la Rota Romana de 4-II-1980.

Ademais, existem outros estados mentais da segurança. 2. A dúvida, que “es el estado en el que el intelecto fluctúa entre la afirmación y la negación de una determinada proposición, sin inclinarse más a un extremo de la alternativa que al otro”⁸². 3. A opinião, que implica assentimento da verdade de uma parte da contradição, com o temor da verdade oposta⁸³. 4. A fé, a partir da qual “la voluntad mueve al entendimiento a asentir con certeza, sin miedo a que sea verdad la opinión contraria, basándose en el testimonio y la autoridad de otro”⁸⁴. 5. O erro, que consiste em afirmar o falso como verdadeiro⁸⁵. A dúvida, a opinião, a fé e o erro não são estados mentais idôneos para que os juízes constitucionais profiram algum tipo de sentença.

O nível de certeza amplia ou reduz o âmbito de controle da proporcionalidade que têm os juízes. Segundo Ávila, os juízes poderão controlar menos as decisões da autoridade pública “cuanto más: (1) dudoso sea el efecto futuro de la ley; (2) difícil y técnico sea el juicio exigido para el tratamiento de la materia; (3) abierta sea la prerrogativa de ponderación que la Constitución atribuye al Poder Legislativo”⁸⁶. Por outro lado, os juízes poderão exercer um maior controle “cuanto mayor sea: (1) la condición para que el Poder Judicial construya un juicio seguro al respecto de la materia tratada por el Poder Legislativo; (2) la evidencia de la equivocación en la premisa elegida por el Poder Legislativo como justificación para la limitación del derecho fundamental; (3) la restricción del bien jurídico constitucionalmente protegido, que se contrastará por su carácter fundamentador o función de soporte de otros bienes (por ejemplo, vida e igualdad) y por la jerarquía sintáctica en el ordenamiento constitucional (por ejemplo, principios fundamentales)”⁸⁷.

Os casos de dúvida sobre a constitucionalidade das normas devem ser resolvidos como os casos de empate valorativo: socorrendo-se de outros princípios e raciocínios extrínsecos com relação à proporcionalidade. Quando as restrições forem menores, prevalecerá a presunção de constitucionalidade dos atos das autoridades ou

⁸²LLANO, 1984, p. 58.

⁸³Cf. LLANO, 1984, p. 61; Tomás de Aquino, *De veritate*, q. 14, a. 1.

⁸⁴LLANO, 1984, p. 63.

⁸⁵Distingue-se da ignorância ou *nesciencia*, que é a simples ausência de conhecimento.

⁸⁶ÁVILA, 2011, p. 157.

⁸⁷ÁVILA, 2011, p. 156.

o princípio da declaração de inconstitucionalidade como *ultima ratio*⁸⁸, enquanto que, nos demais casos, tenderá a prevalecer os princípios *pro homine*, *pro libertate*, *pro informatione*, etc.

V. LIMITES DA EFICÁCIA DO PRINCÍPIO

Cumpridos todos os pressupostos de aplicação do princípio da proporcionalidade, e estando em condições de funcionar corretamente (por não haver a ingerência de nenhum dos limites funcionais internos ou externos), alcançar-se-á um resultado correto da proporcionalidade da norma em abstrato. Todavia, não serão por ela necessariamente afetados todos os casos concretos sobre os quais, eventualmente, poderia recair. Nesse aspecto, a eficácia do princípio tem, ao menos, dois limites: a) os direitos adquiridos que não poderão ser desconhecidos; e, b) a aparição de casos futuros complexos, sobre os quais o juízo de proporcionalidade não se operará. Vejam-se os dois casos na sequência.

A) OS DIREITOS ADQUIRIDOS

Como vimos *ut supra*, o princípio da proporcionalidade nasceu para controlar os excessos de poder que prejudicavam os direitos do cidadão. No entanto, nem sempre esse objetivo foi atingido. Como afirmou Covarrubias, paradoxalmente “la actual estructura del test contribuye a que los derechos queden en buena medida sujetos a un cálculo donde muchas veces prevalece la supuesta primacía de los objetivos estatales que legítimamente se pretenden alcanzar a costa del sacrificio de los derechos fundamentales”⁸⁹. Essa afirmação nos leva a reafirmar que a aplicação da proporcionalidade deve ser realizada *pro homine*, a favor dos direitos das pessoas, e a sentença que aplique a proporcionalidade deve procurar sanar toda vulnerabilidade de direitos que sua operacionalização possa ocasionar.

Com frequência as medidas adotadas pela autoridade pública pesam sobre direitos adquiridos dos cidadãos. Um exemplo bastante típico, submetido em muitos países ao controle da proporcionalidade, são as expropriações múltiplas que as

⁸⁸Neste sentido, por exemplo, CIANCIARDO, 2009a, p. 93.

⁸⁹COVARRUBIAS, 2012, p. 453.

autoridades realizam para abrir vias em meio à cidade. Apesar dessas medidas fortes serem, no mais das vezes, razoáveis (o alto grau de satisfação compensa muitas penas), sob o pretexto da proporcionalidade poderão ser escondidos os direitos adquiridos dos cidadãos sobre seus prédios. Naturalmente, a administração terá o dever de indenizá-los.

Algo semelhante acontece na contratação pública com o *ius variandi*, quando, em garantia do interesse público, o Estado decide unilateralmente modificar as condições do contrato ocasionando prejuízo à parte privada que vê enfraquecida sua posição contratual. Efeito semelhante ocorre com o *factum principis*, que indiretamente subverte as condições contratuais⁹⁰. Em um caso ou em outro, a doutrina e a jurisprudência comparada coincidem no sentido de que ao Estado mantém-se o dever de respeitar o equilíbrio econômico do contrato e os direitos pactuados, seja compensando com novos ajustes contratuais, seja diretamente indenizando *in integrum*⁹¹.

A rigor, uma norma que viole direitos adquiridos sem indenizá-los nunca será razoável. Tal decisão seria sempre fruto da arbitrariedade de um tirano a quem interessa pisotear cabeças e, por isso mesmo, deveria invalidar-se. Todavia, como a análise da proporcionalidade é feita frequentemente em abstrato pelo juiz, sem considerar todos os possíveis prejuízos – máxime no caso do *factum principis* –, faz-se então conveniente assinalar que a norma a que se reputa o selo de proporcional tem um limite: não pode desconhecer os direitos adquiridos, nem as condições contratuais estabelecidas a favor daquele que contrata com o poder público.

B) OS CASOS FUTUROS

⁹⁰Tal instituição designa a ação da administração, adotada com caráter geral, que indiretamente produz uma alteração da relação contratual aperfeiçoada entre o contratado e a administração. Cf. JÉZE, 1950, pp. 36 e ss.; MESTRE, 1985.

⁹¹O Supremo Tribunal Espanhol tem reconhecido em múltiplos Acórdãos o “deber de la Administración de compensar al contratista de los perjuicios que la modificación le cause, a fin de mantener el equilibrio económico (...)” (Sentencia de 2-VI-1979; T. Ar. 2866). Ademais, tem-se precisado que “si el ‘poder de variar’ ha sido justamente equiparado a la potestad expropiatoria, y esta exige la restitución o pago integral, es este el criterio que ha de observarse aquel so pena de conculcar esa *restitutio in integrum* y el equilibrio económico del contrato, haciendo enlazado este TS la *potestas variandi* con el derecho del contratista o del concesionario a la compensación real y verdadera de todos los daños e de todos los perjuicios que sean consecuencia de la modificación impuesta por la Administración. Sentencias de 12-III-1913 e 20-II-1956 (R. 1029), entre otras, completadas con las de 30 de noviembre de 1970 (R. 4922) y 18 de diciembre de 1981 (R. 4811)” (Sentencia de 20-XII-1983, R. Ar. 6843).

Parte da doutrina critica os princípios da ponderação e da proporcionalidade por seu “particularismo”⁹², é dizer, por requerer sempre uma análise *ad hoc* que atenda às circunstâncias concretas de cada caso e aos interesses envolvidos em cada ocasião⁹³. Esse dado dificultaria, e até impossibilitaria, produzir critérios gerais aplicáveis a novas situações. Assim, não seria viável gerar linhas jurisprudenciais, sacrificando-se a certeza do direito, a coerência do sistema e a igualdade perante a lei.

Por sua vez, existe outro setor que, conferindo a esta técnica formal a validade de todo princípio, considera que a proporcionalidade é capaz de produzir regras gerais para o ordenamento jurídico⁹⁴. Seus defensores geralmente observam que toda aplicação de regras ou princípios compreende uma certa margem de insegurança ou de “derrotabilidade”, para fazer uso de um termo hartiano⁹⁵. Na realidade, toda análise jurídica, incluindo a silogística⁹⁶, requer um concurso de uma inteligência que *ad casum* investigue quais são os fatos; quais normas se adequam ao caso; que resultados são possíveis extrair, etc.

Seja qual for a postura assumida, parece claro que a *ratio* extraída da aplicação *ad hoc* do princípio não se aplica a casos futuros quando: (i) não se cumpra com exatidão os pressupostos do caso pretérito; (ii) o novo caso possui um maior número de variáveis a tomar-se em consideração; e, (iii) houve insegurança na aplicação da proporcionalidade no caso anterior. Assim, seria uma enorme insensatez, tomar como regra geral aquela solução a que chegou um juiz aplicando o princípio da proporcionalidade em um caso sumamente controvertido, repletode insegurança nas premissas do princípio; em seu funcionamento; ou em suas conclusões.

VI. BALANÇO FINAL

⁹²V. g. CELANO, 2002; MORESO, 2003, quem intenta superar este “particularismo” mediante um novo modelo de ponderação.

⁹³Cf. ALEINIKOFF, 1987, p. 981; BETHGE, 1977, p. 256; SCHNEIDER, 1979, p. 23.

⁹⁴É interessante a crítica que Atienza formula contra um dos autores que perfilam acriticado “particularismo”. “Moreso defiende una estrategia especificacionista para la ponderación, que seria capaz de superar el particularismo. Sin embargo, de lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy; o, si se quiere, Moreso está olvidando lo que antes señalaba: que la ponderación genera una regla general y abstracta y, por eso, nos es *ad hoc*, en el sentido en el que él usa esta expresión”. ATIENZA, 2010, p. 8.

⁹⁵Cf. HART, 1950, pp. 145-166.

⁹⁶*Vid.* A opinião de Serna, consignada na nota n. 59.

Da análise realizada, extraímos as seguintes conclusões:

1. Nem a jurisprudência, nem a doutrina chegaram a um consenso sobre a noção definitiva e os conteúdos do princípio da proporcionalidade.
 2. O princípio da proporcionalidade, desenhado pela jurisprudência alemã, possui três tipos de limites: a) limites *a priori*, que são os pressupostos do princípio sem os quais não cabe aplicá-lo; b) limites de funcionamento, que ocasionam disfuncionalidades ou tornam inoperante o princípio; e, c) limites *a posteriori* que causam uma inaplicabilidade do princípio em certos casos.
 3. Para que o princípio da proporcionalidade possa ser aplicado, devem estar presentes os seguintes pressupostos: a existência de uma autoridade pública; a adoção de uma medida imperativa; um sujeito passivo obrigado a cumpri-la; um critério de razoabilidade jurídica; uma possibilidade de controle. Jamais pode-se admitir que um juiz revise a razoabilidade política das decisões. Tampouco é adequado aplicar o princípio às relações jurídicas de coordenação, nem às decisões de uma autoridade privada; para este efeito, seria necessário reestruturar a arquitetura do princípio. Ademais, mostra-se despicienda a aplicação do princípio para casos com uma única resposta.
 4. Ao fazer uso do princípio da proporcionalidade podem aparecer vários limites internos e externos aos seus funcionamentos. Em tais casos, a prudência aconselha uma aplicação restritiva do princípio.
 5. A respeito dos limites internos há que se dizer que o princípio não funciona nos casos de empate valorativo, nem quando existem valores extremamente difíceis de mensurar. Todavia, pode funcionar, porém com disfunções e resultados incertos, quando: (i) não existem “tópicos”, convenções sociais comuns, sobre as quais possa estar embasada a solução; (ii) o assunto apresenta um grande número de variáveis, principalmente quando estas são discutíveis ou de cunho qualitativo; e (iii) sopesa-se fins, satisfações ou restrições difíceis de mensurar.
- Por razões gnosiológicas, convém limitar o controle judicial da proporcionalidade daquelas normas adotadas por grandes corpos colegiados. Em matéria de razoabilidade, não é conveniente que dois, seis ou dez olhos julguem a razoabilidade do que foi visto por centenas de olhos.
6. As fórmulas matemáticas criadas para valorar a proporcionalidade da medida só funcionam adequadamente nos casos simples, que operam com variáveis quantitativas.

Prima facie, a presença de variáveis qualitativas – principalmente se elas são discutíveis – deveria eximir o julgador de aplicar taxativamente este tipo de fórmula.

7. A respeito dos limites externos, observa-se que o princípio de razoabilidade apenas funciona quando aplicado por juízes razoáveis, probos e técnicos. É necessário que haja uma especial honestidade intelectual do juiz, capaz de admitir suas próprias limitações. Ademais, a incerteza do julgador sobre as premissas do princípio ou sobre qualquer de seus elementos (v.g. sobre o fim, a medida, os direitos lesionados ou a proporcionalidade propriamente dita) limita o grau de intervenção ao qual está legitimado o juiz. Os casos de dúvida sobre a constitucionalidade das normas devem ser resolvidos como os casos de empate valorativo: socorrendo-se de critérios extrínsecos à proporcionalidade. Quando as restrições forem menores, prevalecerá a presunção de constitucionalidade dos atos das autoridades ou o princípio da declaração de inconstitucionalidade como *ultima ratio*; ao passo que, nos demais casos, tenderá a prevalecer os princípios *pro homine*, *pro libertate*, *pro informatione*, etc..

8. Com relação aos limites *a posteriori* do princípio da proporcionalidade, pode-se dizer que não cabe sua aplicação se vier a desconhecer direitos adquiridos dos cidadãos. Tampouco poderá ser aplicado a casos futuros quando: 1. Não se cumpra com perfeição os pressupostos do caso pretérito; 2. O caso novo apresente mais variáveis a considerar; 3. Tenha existido insegurança na aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso anterior.

REFERÊNCIAS

Abril, Ernesto (2007): “Sobre el sentido de los límites jurídicos”, *Anuario del CIJS*, vol. X: pp. 551-572.

Aleinikoff, Alexander (1987): “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, vol. 96: pp. 943-1005.

Alexy, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Alexy, Robert (2002): “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, N° 66: pp. 13-64.

Alexy, Robert (2008): “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (edit.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 13-42.

Alvira, Tomás, Clavell, Luis y Melendo, Tomás (1986): *Metafísica* (Pamplona, Eunsal).

Arnold, Rainier, Martínez-Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1: pp. 65-116.

Atienza, Manuel (2010): “A vueltas con la ponderación. La Razón del Derecho”, *Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, vol. 1: pp. 1-15.

Ávila, Humberto (2011): *Teoría de los principios* (Madrid, Marcial Pons).

Beatty, David M. (2004): *The Ultimate Rule of Law* (New York, Oxford University Press).

Bernal Pulido, Carlos (2008): “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (edit.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 43-68.

Bethge, Herbert (1977): *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen* (Munich, Franz Vahlen).

Betterman, Karl (1964): *Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit* (*Juristenzeitung*).

Borowski, Martin (2013): “On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen”, *German Law Journal*, vol. 14, N° 8: pp. 1409-1418.

Carbonell, Miguel (edit.). (2008): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

- Cardona, Caros (1973): *Metafísica de la opción intelectual* (Madrid, Rialp).
- Celano, Bruno (2002): “Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisión stabili”, *Ragione Pratica*, vol. 18: pp. 223-239.
- Cianciardo, Juan (2009a): *El principio de razonabilidad* (Buenos Aires, Depalma, segunda edición).
- Cianciardo, Juan (2009b): *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- Cianciardo, Juan (s.f.): “El principio de proporcionalidad y sus límites”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo* (en prensa).
- Covarrubias Cuevas, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2: pp. 447-480.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio (2014): “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 12, N° 1: pp. 163-237.
- Da Silva, Alfonso (2003): *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* (Baden-Baden, Nomos).
- De Lora, Pablo (2000): “Tras el rastro de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 60: pp. 359-369.
- Elster, Jon (1999): *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión* (trad. Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa).
- Finnis, John (1997): “Commensuration and Public Reason”, en Chang, Ruth (edit.) *Incommensurability, Incompatibility, and Practical Reason* (Massachusetts, Harvard University).
- Frantz, Laurent (1963): “Is the First Amendment Law? - A Reply to Professor Mendelssohn”, *California Law Review*, vol. 51: pp. 748 y ss.
- García Amado, Juan Antonio (1996/1997): “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Archivo de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV.
- García López, Jesús (1995): *Lecciones de metafísica tomista* (Pamplona, Eunsa).
- Gast, Wolfgang (2006): *Juristische Rhetorik* (Heidelberg, C. F. Müller, cuarta edición).
- Gavara de Cara, Juan Carlos (1994): *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley*

Fundamental de Bonn (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

Gordillo, Agustín (2004): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III (Buenos Aires, Fundación de Derecho administrativo).

Günther, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit* (Frankfurt am Main, Suhrkamp).

Habermas, Jürgen (1996): “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, en Id., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp).

Habermas, Jürgen (2008): *Facticidad y validez* (Madrid, Trotta, quinta edición).

Hart, Hebert (1951): “The Ascription of Responsibility and Rights”, en Flew, Antony, *Logic and Language* (Oxford, Blackwell) pp. 145-166.

Henkin, Louis (1978): “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, *Columbia Law Review*, vol. 78: pp. 1022-1049.

Hervada Xiberta, Javier (2001): *Introducción crítica al Derecho natural* (Pamplona, Euns, décima edición).

Hirschberg, Lothar (1981): *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Gotinga, Otto Schwartz & Co.).

Jansen, Nils (1997): “Die Struktur rationaler Abwägungen“, *ARSP*, suplemento 66: pp. 152-168.

Jezé, Gastón (1950): *Principios generales del derecho administrativo*, Tomo V (Buenos Aires, Depalma).

(1980): *Discurso a la Rota Romana* de 4-II-1980 (AAS, vol.72: pp. 172-178).

Klatt, Matthias & Meister, Moritz (2014): *The constitutional structure of proportionality* (Oxford, Oxford University Press).

Leisner, Walter (1997a): “Abwägung überall - Gefahr für den Rechtsstaat”, *NJW*, vol. 10: pp. 636-639.

Leisner, Walter (1997b): *Der Abwägungsstaat* (Berlín, Duncker & Humblot).

Llano, Alejandro (1984): *Gnoseología* (Pamplona, EUNSA).

Lopera Mesa, Gloria (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Lopera Mesa, Gloria Patricia (2008): “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Carbonell, Miguel (edit.), *El principio de*

proporcionalidad y la interpretación constitucional (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 269-306.

Maldonado Muñoz, Mauricio (2012): “El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 3: pp. 139-174.

Maldonado Muñoz, Mauricio (2014): “La intangibilidad de las acciones privadas de las personas”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4: pp. 9-48.

Mestre Delgado, Juan Francisco (1985): “La posición singular de la administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 47: pp. 425 y ss.

Moreso, Juan José (2003): “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 99-122.

Moreso, Juan José (2008): “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (edit.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 69-83.

Ossenbühl, Fritz (1995): “Abwägung im Verfassungsrecht” (Deutsche Verwaltungsblatt).

Pío XII (1942): *Discurso a la Rota Romana* de 1-X-1942 (AAS, vol. 34: pp. 338-343).

Polo Barrena, Leonardo (2002): *Introducción a la Filosofía* (Pamplona, Eunsa, tercera edición).

Portocarrero Quispe, J.A. (2011): *Peligros y límites de la ponderación* (Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tesis).

Raz, Joseph (2001): “Incommensurability and Agency”, en Id., *Engaging Reason* (Oxford, Oxford University Press).

Rhonheimer, Martin (2000): *La perspectiva de la moral* (Madrid, Rialp).

Sapag, Mariano (2012): “Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, en Cianciardo, Juan (edit.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos* (México, Porrúa) pp. 171-206.

Schlink, Bernhard (1976): *Abwägung im Verfassungsrecht* (Berlín, Duncker & Humblot).

Schlink, Bernhard (2001): “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“, en Badura y Dreier(edits.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* (Tubinga: Mohr-Siebeck) pp. 445-465.

Schneider, Harald (1979): *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten* (Baden-Baden, Nomos).

Serna, Pedro (2003): “Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en Zapatero, Virgilio (edit.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2 (Alcalá, Universidad) pp. 737-766.

Stelzer, Manfred (1991): *Das Wesensgehaltsargument und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Viena, Springer Verlag).

Stern, Klaus (1994): *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2. *Allgemeine Lehren der Grundrechte* (München, C. H. Beck).

Toller, Fernando (2012): “Los derechos *in concert*”, en Cianciardo, Juan (edit.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos* (México D.F., Porrúa) pp. 111-155.

Tribe, Laurence (1985): “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, *Harvard Law Review*, vol. 98: pp. 592-621.

Willoughby, Westel Woodbury & Rogers, Lindsay (1924): *An Introduction to the Problem of Government* (New York, Doubleday, Page & Company).

Zúñiga Añazco, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Ius et Praxis*, año 16, N° 2: pp. 249-272.

Recebido: 23.06.2017

Aprovado: 24.08.2017