

**A MIGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
PELA EUROPA**
THE MIGRATION OF PROPORTIONALITY ACROSS EUROPE



Carlos Bernal Pulido

Professor Associado na Macquarie Law School

*Tradução do idioma espanhol para português por Lays Gomes Martins. Revisão técnica de Cláudia Toledo. Título original: **La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa**. O autor agradece “a Lays Gomes Martins por esta formidável tradução e a Cláudia Toledo, pela cuidadosa revisão de forma e fundo deste trabalho”.*

Currículo:

http://www.law.mq.edu.au/staff/academic_staff/dr_carlos_l_bernal-pulido/

RESUMO |

A proporcionalidade é um dos mais bem-sucedidos transposição jurídica. No entanto, há discordância sobre a existência de alguma justificação para a migração de proporcionalidade entre sistemas jurisdicionais. Este artigo tem como objetivo responder a esta pergunta sobre a migração da proporcionalidade na Europa. A literatura existente justifica esta migração como uma questão de necessidade conceitual. A alegação é que há uma conexão conceitual necessária entre direitos constitucionais e proporcionalidade de tal forma que a proporcionalidade deve ser utilizada sempre e onde quer que haja disputas judiciais envolvendo direitos constitucionais. Em sentido contrário, este artigo oferece uma justificação normativa para tomar emprestada a proporcionalidade. Uma variedade de razões pode justificar a migração da proporcionalidade para um novo contexto. No entanto, existe um denominador comum entre as diferentes migrações, qual seja, que a proporcionalidade é normativamente necessária para a atribuição de direitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE |

Proporcionalidade. Direitos Constitucionais. Migração. Europa.

ABSTRACT |

Proportionality is one of the most successful legal transplants. However, there is disagreement on whether there is any justification for the migration of proportionality across jurisdictions. This article aims to answer this question concerning the migration of proportionality across Europe. Existing literature justifies this migration as a matter of conceptual necessity. The claim is that there is a necessary conceptual connection between constitutional rights and proportionality such that proportionality must be used whenever and wherever constitutional rights adjudication exists. In contrast, this article offers a normative justification for borrowing proportionality. A variety of reasons can justify a migration of proportionality to a new context. However, there is a common denominator between the different migrations, namely, that proportionality is normatively necessary for the adjudication of constitutional rights.

KEYWORDS |

Proportionality. Constitutional Rights. Migration. Europe.

SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1. Um conceito de proporcionalidade. 1.2. O debate sobre o princípio da proporcionalidade. 1.3. Em busca de uma justificação para a migração do princípio da proporcionalidade. 1.4. Objeto e Finalidade da Pesquisa. 2. Seis Migrações da Proporcionalidade pela Europa. 2.1. A primeira migração: da Filosofia Política ao Direito. 2.2. A segunda migração: a expansão no direito administrativo europeu. 2.3. A terceira migração: do direito administrativo ao direito constitucional. 2.4. A quarta migração: do direito constitucional alemão ao direito comunitário europeu e ao direito europeu dos direitos humanos. 2.5. A quinta migração: do direito comunitário e do direito europeu dos direitos humanos ao direito constitucional nacional dos países europeus. 2.6. A Sexta Migração: do Direito Comunitário Europeu e Direito Europeu Humanitário ao Direito Britânico. 3. Uma Justificação para a Migração do Princípio da Proporcionalidade pela Europa. 3.1. A Necessidade Conceitual do Princípio da Proporcionalidade. 3.2. O princípio da proporcionalidade como um conjunto de condições suficientes e necessárias para a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais. 3.3. As implicações necessárias entre o princípio da proporcionalidade, os princípios e os direitos fundamentais. 4. A Necessidade Normativa do Princípio da Proporcionalidade. 4.1. Algumas justificações particulares para a migração da proporcionalidade pela Europa. 4.2. Um denominador comum. 5. Considerações finais: a proporcionalidade como melhor critério. Referências

1. INTRODUÇÃO

1.1. UM CONCEITO DE PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um critério jurídico utilizado ao redor do mundo para a proteção dos direitos fundamentais. Esse princípio nasceu na Alemanha, mas atualmente migrou para outros sistemas jurídicos e para diversas áreas do Direito. Ainda que o conceito de proporcionalidade não seja unívoco¹, a maioria dos juízes e juristas concordam que se trata de um princípio estruturado por três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Cada subprincípio estabelece uma exigência que qualquer limitação de direitos fundamentais deve satisfazer.

1. Sobre os diferentes conceitos de proporcionalidade, ver: Bernhard Schlink, 'Proportionality (1)', em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld e András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012) 721. Ver também: Jacco Bomhoff, 'Genealogies of Balancing as Discourse', *L&EHR*, (1)4 (2010), 108-139.

O subprincípio da adequação exige que a limitação seja apropriada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.² O subprincípio da necessidade exige que a limitação seja a menos gravosa entre todas aquelas que possuem, pelo menos, a mesma adequação para contribuir para o alcance do objetivo proposto. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que a limitação atinja o fim proposto, em um grau que justifique o grau de limitação do direito.

1.2. O DEBATE SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A aplicação do princípio da proporcionalidade gerou uma ampla discussão. Por um lado, reconhecidos autores adotaram esse princípio sem modificações. Por exemplo, Beatty considera que o princípio da proporcionalidade é “neutro”, “potencialmente racional”³ e tem a possibilidade de fazer com que “o conceito jurídico de direitos seja o melhor possível”.⁴ Com base nessas premissas, Beatty define a proporcionalidade como “um critério universal de constitucionalidade”,⁵ a máxima expressão do Estado de Direito⁶ e a regra de ouro do Direito.⁷ Barak compartilha uma postura similar. O ex-presidente da Suprema Corte de Israel acredita que a constitucionalidade de qualquer limitação dos direitos fundamentais se justifica apenas mediante uma análise de proporcionalidade⁸ e não existe nenhum conceito alternativo que possa servir melhor que esse para tal fim⁹. Da mesma forma, Alexy sustenta que os juizes constitucionais não podem evitar a utilização do princípio da proporcionalidade. Para Alexy, esse princípio é a única forma racional pela qual se pode analisar a relação entre os direitos fundamentais e suas limitações.¹⁰

2. Alguns autores consideram que o subprincípio da adequação, na realidade, contém dois elementos (a legitimidade do fim e a adequação fática da intervenção para alcançar o fim) como subprincípios diferentes. Por isso, tais autores consideram que o princípio da proporcionalidade é constituído por quatro subprincípios. Ver: Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 'Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism', *Columbia J Transl Law*, 47 (2008), 75. Ver também: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 3; e Aharon Barak, 'Proportionality (2)', em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (n. 1), 743. Barak distingue entre “fim adequado” e “nexo causal racional” (*rational connection*).

3. David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 171.

4. *Ibid.*, p. 174.

5. *Ibid.*, p. 162.

6. *Ibid.*, p. 185.

7. David Beatty, 'Law's Golden Rule', em *Relocating the Rule of Law*, eds. Gianluigi Palombella y Neil Walker (Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009), 103.

8. Ver: Barak. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 3.

9. *Ibid.*, 8.

10. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers (Oxford: Oxford University Press, 2002), 74.

Finalmente, Gardbaum considera que o mandamento de ponderação “reforça adequadamente o papel que as decisões majoritárias devem ter em uma democracia constitucional”.¹¹

Por outro lado, tanto nas obras da década passada como em publicações anteriores,¹² o princípio da proporcionalidade foi objeto de críticas ferozes. Tsakyrakis sustentou que esse princípio é “uma violação dos direitos humanos” e um “caminho equivocado na busca de precisão e objetividade”.¹³ Por sua vez, Webber lamenta o fato de que o princípio da proporcionalidade tenha criado um infundado “culto acadêmico aos direitos fundamentais”, que resultou numa concepção extremamente individualista dos direitos e um simultâneo desprezo das leis democráticas que visam à proteção de interesses sociais.¹⁴ Alguns juízes e juristas criticam a ponderação e a consideram irracional. Outros autores criticam o uso da proporcionalidade, que, segundo eles, desvirtua a essência dos direitos fundamentais como limitações ao exercício do poder público. Por exemplo, Habermas afirma que esse princípio viola a “firmeza” dos direitos fundamentais, uma vez que, às vezes, têm que ceder perante outros interesses juridicamente protegidos.¹⁵ Finalmente, uma objeção comum é a de que esse princípio permite ao Poder Judiciário interferir ilegitimamente em competências do Legislativo e do Executivo. Nesse sentido, Lord Ackner considerou, no caso *Brind*, que a utilização judicial da proporcionalidade implicava uma “análise de fundo das decisões políticas”. Em uma democracia, esse tipo de decisões devem ser adotadas somente por autoridades políticas.¹⁶

11. Stephen Gardbaum, 'A Democratic Defense of Constitutional Balancing', *L&EHR*, (1) 4 (2010), 78.

12. Para uma análise crítica sobre a ponderação no direito constitucional estadunidense, ver: Thomas Alexander Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing', *Yale L. J.*, 96 (1987), 943–1005.

13. Stavros Tsakyrakis, 'Proportionality: An Assault on Human Rights', *I·CON*, (3) 7 (2009), 468.

14. Grégoire Webber, 'Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship', *Can. J. L. Juris.*, 23 (2010), 180 y 190–191; e Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) 88 s.

15. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, trad. William Rehg (Cambridge, Mass: MIT Press, 1996), 254. Para uma análise desse aspecto, ver: Mattias Kumm, 'What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements', em *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos (Oxford: Hart Publishing, 2007) 131 s.

*NT – O autor utiliza o termo “trasplante”, que é literalmente traduzido em português como “transplante”. No entanto, tal terminologia não é usual na ciência do Direito, mas sim na Medicina. Por esse motivo, optou-se por traduzir “trasplante” por “transposição”, no sentido de “transferência” de um conceito jurídico de um ordenamento para outro.

16. *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

1.3. EM BUSCA DE UMA JUSTIFICAÇÃO PARA A MIGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com Kumm, o princípio da proporcionalidade, junto com o controle de constitucionalidade das leis, é a “transposição* jurídica mais bem-sucedida do século vinte”.¹⁷ Todavia, o profundo debate acerca da conveniência do uso da proporcionalidade como critério para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais suscita várias perguntas: há alguma razão que justifique o fato de o princípio da proporcionalidade ter se difundido em diferentes contextos e sistemas jurídicos? Essa inquietude adquire relevância ainda maior caso se levem em conta os problemas que, por si, a transposição de ideias e conceitos constitucionais de um sistema a outro pode gerar. A migração da proporcionalidade, sem dúvida alguma, também enfrenta esses problemas gerais¹⁸ a que o empréstimo de conceitos constitucionais produz.¹⁹

A possibilidade de justificar a migração do princípio da proporcionalidade depende de dois fatores. O primeiro é uma justificação em abstrato para o uso desse princípio. O segundo é uma justificação concreta para tomar emprestado esse princípio de um sistema de direito estrangeiro e transportá-lo para outro sistema jurídico, em um tempo determinado e em uma área de direito em particular (por exemplo, os direitos fundamentais, o controle da Administração Pública ou a aplicação de tratados internacionais).

Até o momento, a maioria dos estudos, tanto nacionais como de direito constitucional comparado, tem analisado o primeiro fator. A justificação abstrata do uso do princípio da proporcionalidade geralmente implica o propósito de solucionar três problemas: racionalidade, legitimidade e prioridade. O problema da racionalidade consiste em determinar se é possível ou não fazer um uso racional da proporcionalidade.

17. Kumm, 'Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice', *J-CON*, (2) 3 (2004), 595.

18. Sobre esse ponto, ver: Sujit Choudry, 'Migration in Comparative Constitutional Law', em *The Migration of Constitutional Ideas*, ed. Sujit Choudry (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 7 s.

19. Sem evidenciar as críticas que tem recebido, o presente ensaio utilizará o conceito amplamente aceito de empréstimo constitucional (“*constitutional borrowing*”) para aludir à importação de instituições ou conceitos jurídicos estrangeiros, tais como o princípio da proporcionalidade, a um sistema jurídico. Sobre as críticas ao conceito de empréstimo constitucional, ver: Kim Lane Scheppele, 'Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models', *J-CON*, (2) 1 (2003), 296 s.

O problema da legitimidade é se os tribunais possuem legitimidade constitucional para usar esse critério. Por último, a pergunta sobre a prioridade reside em determinar se a aplicação do princípio da proporcionalidade permite aos tribunais atribuir aos direitos fundamentais uma prioridade dentro do sistema jurídico. Em poucas palavras, haverá justificação abstrata para o uso judicial do princípio da proporcionalidade sempre que existir uma forma racional e legítima para aplicá-lo que, além disso, permita que os direitos fundamentais conservem sua prioridade dentro do sistema jurídico.

Robert Alexy e Aharon Barak desenvolveram modelos exaustivos do princípio da proporcionalidade, que pretendem resolver os problemas da justificativa em abstrato.²⁰ Outros autores propuseram variações a esses modelos²¹ e justificaram o uso do princípio da proporcionalidade tanto em abstrato como em contextos específicos. Esses autores destacaram as vantagens que esse conceito apresenta para determinados sistemas jurídicos e responderam a importantes objeções contra sua utilização judicial.²²

20. Robert Alexy introduziu os elementos básicos de seu modelo na publicação original, em alemão, de *A Teoria dos direitos fundamentais, Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985). Alexy complementou esse modelo no epílogo à tradução em inglês da mesma obra (Ver: n. 10) 388-425. A contribuição mais relevante que encontramos nesse epílogo é a análise lógica da ponderação à luz da, assim chamada, “Fórmula do Peso” (*Infra* n. 64, p. 408) e suas teorias sobre as margens de discricionariedade judicial (p. 394-397 y 414-425). Alexy prosseguiu desenvolvendo sua fórmula do peso em: 'The Weight Formula', trad. Bartosz Brożek e Stanley L. Paulson, em *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, eds. J. Stelmach, B. Brożek, e W. Zaluski (Kraków: Jagiellonian University, 2007), 9-27. O modelo de Barak assume os elementos básicos da proporcionalidade de Alexy, mas difere em aspectos substanciais, que não podem ser analisados neste ensaio. Sua proposta sobre a estrutura do princípio da proporcionalidade reflete esse desacordo. Ver: Aharon Barak, 'Proportionality and Principled Balancing', *L&EHR*, (1) 4 (2010) 8; 'Proportionality (2)' (n.2); e, particularmente, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 243-455.

21. Algumas posições que pretendem melhorar o modelo de proporcionalidade proposto por Alexy podem ser encontradas em: Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford, Oxford University Press, 2012) 7-14 e 45-85. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a. Ed., 2007), Capítulo 6; Carlos Bernal, 'The Rationality of Balancing', *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, 92 (2) 2006, 195 – 208; y Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (Baden–Baden: Nomos, 2002).

22. Para uma análise sobre as vantagens do princípio da proporcionalidade e as respostas aos seus críticos, ver *infra* Parte II, 2.2, (iii).

Diferentemente de tais obras, este ensaio centra sua atenção no segundo fator. Os conceitos jurídicos, como o princípio da proporcionalidade, podem ser emprestados e transferidos de um sistema constitucional para outros. Pode-se, então, dizer que existe uma correlação entre a justificação em abstrato para o uso de um conceito jurídico e a justificação concreta para sua migração. Uma razão válida para transportar conceitos jurídicos deriva de sua racionalidade e legitimidade intrínsecas. Não obstante, essa justificação em abstrato ou o uso concreto do conceito jurídico no contexto original não explicam, *per se*, sua migração. O direito constitucional é, em parte, uma expressão da identidade nacional.²³ Essa singularidade se apresenta não somente quando analisamos disposições das Constituições, mas também em relação aos métodos de interpretação constitucional. Ambos os elementos se encontram arraigados nas atitudes e na bagagem jurídica dos servidores públicos e os advogados de cada cultura constitucional. Mais ainda, esses elementos determinam, pelo menos em parte, o significado das disposições constitucionais. Portanto, esses elementos afetam, de maneira profunda, o modo de se definirem o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Essa singularidade explica o profundo debate que as transposições em matéria constitucional têm provocado. Os críticos mais radicais consideram que esse tipo de transposição é antidemocrático. Esses autores afirmam que as transposições constitucionais favorecem interesses e ideologias estrangeiros e permitem que os juízes manipulem o conteúdo e o alcance das normas constitucionais. Essa possibilidade colocaria em risco a integridade do processo judicial e a essência do princípio democrático, segundo o qual as normas constitucionais devem representar a vontade popular.²⁴ Outros críticos defendem uma postura menos radical e cética. Esses autores consideram que os métodos e conceitos de outros sistemas constitucionais podem ser emprestados e adaptar-se a determinados contextos políticos, sociais, culturais e jurídicos em particular.²⁵

23. Ver: Vicki C. Jackson, 'Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law', *Const. Commentary*, 21 (2004) 857.

24. Para conhecer esse ponto, é ilustrativa a discussão que os juízes da Corte Suprema Estadunidense tiveram, nos anos 2003 e 2004, sobre a possibilidade de fundamentar suas decisões em fontes estrangeiras, ver: S. Choudhry *The Migration of Constitutional Ideas* ed., Cambridge University Press, 2006 7 s. Ver também: Cheryl Saunders, 'The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)', *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13 (1) (2006) 37 s.

25. Ver: Vlad Perju, 'Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations', em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (n. 1) 1321 s.

Dessa linha argumentativa, segue-se que as razões que justificam o uso do princípio da proporcionalidade em abstrato não justificam, por si mesmas, sua migração ao redor do mundo e em diversas áreas do Direito. Por outro lado, se existem algumas explicações do ponto de vista da ciência política sobre a difusão mundial do princípio da proporcionalidade²⁶ que consideram sobretudo as razões estratégicas que os juízes têm para utilizar esse princípio, há um déficit no estudo do problema quanto ao fato de essa migração estar ou não justificada. Essa análise pretende responder a duas perguntas básicas. Primeiro, quais razões podem ser dadas para justificar a transposição do princípio da proporcionalidade²⁷ e não a transposição de algum outro conceito jurídico que possa atuar de forma similar.²⁸ Segundo, se ponderarmos entre as razões para transferir o princípio da proporcionalidade e os perigos de empréstimos constitucionais: para que lado pende a balança? A favor de realizar a transposição?

1.4.OBJETO E FINALIDADE DAPESQUISA

O objetivo principal do presente ensaio consiste em responder essas perguntas para então poder compreender a migração do princípio da proporcionalidade pela Europa. A maioria dos autores parece justificar a migração do princípio da proporcionalidade com uma tese que aqui chamaremos de: necessidade conceitual. A tese da necessidade conceitual sustenta que existe uma relação necessária entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, de tal maneira que esse princípio deve ser utilizado sempre e em todos os contextos em que se interpretem e se apliquem os direitos fundamentais. Ao contrário dessa posição, este ensaio defende uma justificação normativa para a transposição do princípio da proporcionalidade. A tese central se divide em duas partes. Uma grande variedade de razões pode justificar a migração do princípio da proporcionalidade para uma nova jurisdição ou um novo contexto jurídico. Não obstante, existe um denominador comum entre as migrações desse princípio, a saber, que o princípio da proporcionalidade é normativamente necessário para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais.

26. Ver: Alec Stone Sweet e Jud Mathews, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, p. 73-165, 2008; e Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2) 175-210.

27. Como destacou Vlad Perju, qualquer empréstimo constitucional exige uma justificação normativa. Ver: 'Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations', (n. 24) 1321 s.

28. Sobre a relevância da análise das razões para tomar emprestadas certas instituições constitucionais e, ao mesmo tempo, rechaçar outras, com o objetivo de compreender e avaliar o projeto constitucional, ver: Lee Epstein e Jack Knight, 'Constitutional Borrowing and Nonborrowing', *I-CON*, (2) 1 (2003), 196 s.

Essa pesquisa tem grande relevância tanto do ponto de vista prático quanto teórico. Por um lado, se não houvesse uma explicação normativa para a migração do princípio da proporcionalidade, seria então normativamente plausível que os países, que ainda não utilizaram esse conceito, recusassem sua importação.²⁹ Por outro lado, este artigo representa uma análise de um caso específico que pode iluminar a análise e a avaliação das migrações de instituições de direito constitucional. Nesse sentido, esta investigação procura trazer fundamentos para a construção de uma teoria das transposições constitucionais.³⁰ Dessa forma, este ensaio busca contribuir para a reflexão sobre o objeto do direito constitucional comparado no tocante ao encontro de “práticas normativas mais adequadas”.³¹ Esta pesquisa almeja indagar se o uso do princípio da proporcionalidade pertence ou não a esse grupo de práticas normativas mais adequadas, particularmente no campo da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Este ensaio está dividido em duas seções com diferentes disposições e metodologias que, apesar de tudo, guardam uma clara relação entre si. A primeira seção estuda, de forma analítica, a propagação do princípio da proporcionalidade pela Europa em seis migrações.³² Devo advertir que uma análise dessa natureza implica realizar certas simplificações. Além disso, cabe dizer que as seis migrações que analisam o modo com que o princípio da proporcionalidade se expandiu através de diferentes sistemas jurídicos e áreas do Direito não são nem unidirecionais nem exclusivas. Todavia, essa simplificação é útil para entender certas posições relacionadas com a justificação da transposição do princípio da proporcionalidade e para identificar vários pontos em comum que as posições guardam entre si. A segunda seção tem um enfoque normativo. Essa seção avalia as diferentes justificações da transposição concreta do princípio da proporcionalidade nas seis migrações mencionadas. Aqui também se avalia a tese da necessidade conceitual e se mostram suas debilidades.

29. Por exemplo, na Austrália, a análise que o Supremo Tribunal realizou nos casos recentes *Momcilovic v. Queen* e *Wotton, v. Queensland* reacendeu o debate sobre se o uso do princípio da proporcionalidade pelos juízes representa ou não um exercício legítimo do poder judiciário. Ver: *Momcilovic v The Queen* [2011] HCA 34 and *Wotton, v. Queensland* [2012] HCA 2. Por não haver justificação normativa para a transposição do princípio da proporcionalidade, a Corte teria razões para negar a importação desse princípio.

30. Sobre a falta de dita teoria e sua necessidade, ver: Ran Hirsht, 'On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law', em *The Migration of Constitutional Ideas*, (n. 23) 43.

31. Sobre esse objetivo do direito constitucional comparado, ver: Vicki Jackson, 'Comparative Constitutional Law: Methodologies', em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (n. 1) 70.

32. Sobre a relevância da análise da história da migração de instituições e conceitos constitucionais como um método de análise do direito constitucional comparado, ver, *Id.*, 59.

Logo, defende-se a tese central deste ensaio, qual seja a de que o denominador comum para as diferentes migrações consiste na necessidade normativa do princípio da proporcionalidade para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais.

2. SEIS MIGRAÇÕES DA PROPORCIONALIDADE PELA EUROPA

2.1. A PRIMEIRA MIGRAÇÃO: DA FILOSOFIA POLÍTICA AO DIREITO

A justificação subjacente ao princípio da proporcionalidade é que as limitações aos direitos fundamentais não podem ser excessivas. As limitações não podem ir além do que é estritamente necessário. Essa ideia surgiu originalmente no campo da Filosofia Política nos tempos do Iluminismo, nos momentos em que se discutia a origem do Estado e a justificação da coerção. Os filósofos que defendiam a teoria contratualista do direito natural afirmavam que os seres humanos tinham sido dotados de liberdade e que essa liberdade antecedia a toda associação política. De acordo com a obra pioneira de Locke, no estado de natureza, cada ser humano é “dono e senhor de si mesmo e de suas posses”.³³ Todo indivíduo pode exercer sua liberdade sem restrição alguma. Todavia, nesse “estado de barbárie” – como o chamava Kant –, a liberdade dos seres humanos é suscetível de uma constante usurpação pela lei da sobrevivência do mais forte.³⁴ Portanto, os indivíduos se veem na necessidade de aderir a um pacto civil, por meio do qual submetem o exercício de sua liberdade ao império da lei. Em contrapartida, o Estado se obriga a proteger suas vidas, sua liberdade e suas propriedades.

Três elementos político-filosóficos que fundamentam o princípio da proporcionalidade se depreendem dessa conhecida justificativa do Estado. Primeiro, a liberdade pessoal deve ser protegida na sociedade civil como algo inerente a cada indivíduo. Segundo, o Estado tem a faculdade de restringir a liberdade para satisfazer os direitos de outros e o interesse comum. Esses dois elementos dão lugar a um paradoxo. Aqui será denominado paradoxo da liberdade. De acordo com esse paradoxo, o Estado está autorizado a limitar a liberdade e, simultaneamente, a liberdade deve ser protegida das limitações estatais. O paradoxo pode ser solucionado por meio de um terceiro elemento. O Estado tem o poder de limitar a liberdade somente quando for necessário e na medida em que essa limitação seja destinada a satisfazer exigências que emanem dos direitos de outros

33. John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1988) Livro II, Capítulo 5, Parágrafo 44, 298. Lee Epstein e Jack Knight, 'Constitutional Borrowing and Nonborrowing', *I: CON*, (2) 1 (2003), 196 s.

34. Immanuel Kant, 'Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose', em *Kant: Political Writings*, ed. Hans Reiss, e trad. H. B. Nisbet (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 47.

indivíduos³⁵ ou do bem comum.³⁶ Como corolário dessas três premissas, é possível afirmar que o maior gozo possível da liberdade deve ser a regra geral, as limitações estatais à liberdade devem ser a exceção e devem limitar-se apenas a alcançar o fim perseguido por elas.

Esses elementos são a base da exigência de que as limitações estatais às liberdades individuais devem ser proporcionais. Um dos primeiros exemplos dessa exigência ética foi a observação de Beccaria, segundo a qual as penas devem ser proporcionais aos delitos.³⁷ Posteriormente, a Assembleia Nacional da França reconheceu essa exigência como um direito no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi aprovada em 26 de agosto de 1789.³⁸

Contudo, foi apenas no direito prussiano do século dezoito, que regulava o uso da força policial (*Polizeirecht*), que o princípio da proporcionalidade se configurou como um critério jurídico – e não mais apenas como um princípio político-filosófico para resolver o paradoxo da liberdade.³⁹ O artigo § 10 da Seção II do Título 17 do Código Civil Prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) de 1794 estabeleceu que: “a polícia adotar as medidas necessárias para manter a paz pública, a segurança e a ordem”. A obra de Carl Gottlieb von Svarez, que assentou as bases gerais do princípio da proporcionalidade, foi extremamente relevante para a aprovação e a interpretação dessa disposição, que depois seria considerada como a pedra angular do direito administrativo

35. Segundo Kant: “O direito não é mais que a limitação da liberdade de uns, de tal maneira que sua liberdade possa coexistir com a minha, de acordo com uma lei universal”. Ver: ‘On the Common Saying: This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’ (trad. alt.) em Immanuel Kant, *Kant: Political Writings* (n. 22), 75–76.

36. Locke afirma que o poder do legislador é “limitado pelo bem comum da sociedade”. Ver: John Locke, *Two Treatises of Government* (n. 21), Livro II, Capítulo XI, Parágrafo 135, p. 357.

37. Cesare Beccaria escreveu: “Quanto mais se opuserem os delitos ao bem comum e maior forem os incentivos para cometê-los, maiores devem ser os obstáculos que os impeçam. Esse princípio estabelece a necessidade de uma proporcionalidade entre os delitos e as penas”. Ver: Cesare Beccaria, *Crimes and punishments: Including a New Translation of Beccaria's 'Dei Delitti E Delle Pene'*, trad. James Anson Farrer (London: Chatto & Windus, 2nd edn, 1880), 196. A exigência de sanções proporcionais já havia sido aceita pela filosofia antiga e pelo direito romano. Sobre esse ponto, ver: Franz Wieacker, ‘Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung’, em *Festschrift für Robert Fischer*, eds. Marcus Lutter, Walter Stimpel, and Herbert Wiedemann (Berlin and New York: W. de Gruyter, 1979), 867 s.

38. Esse artigo determina: “A lei não deve estabelecer mais do que penas estritas evidentemente necessárias...”

39. Para uma análise do contexto político e jurídico do direito de polícia prussiano durante o século XVIII, ver: Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (Munich: C. H. Beck, Volume 1, 1988), 386 s.

prussiano.⁴⁰ Svarez afirmou que “um princípio essencial do direito público” é que “o Estado está autorizado a limitar a liberdade pessoal somente quando for necessário para tornar compatíveis a liberdade e a segurança.” Svarez também considerava que a legitimidade de qualquer limitação estatal às liberdades individuais depende de sua intensidade e adequação para alcançar o fim perseguido pela autoridade pública.⁴¹ Além disso, afirmou que é necessário considerar que não é qualquer fim que justifica a limitação das liberdades individuais por parte da autoridade. O Estado conta com uma justificação maior quando sua intenção é evitar danos ou reduzir um risco iminente – em outras palavras, existe uma justificativa maior quando o Estado atua na defesa da sociedade do que quando ele age com o propósito de “promover o bem-estar da comunidade ou conseguir um fim estético ou fomentar metas secundárias de natureza similar”. Finalmente, Svarez também asseverou que “o dano evitado pela limitação da liberdade deve ser considerado mais importante do que a restrição que essa limitação causa à comunidade e aos indivíduos”.⁴² Esse último postulado traz a base para o conteúdo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

2.2.A SEGUNDA MIGRAÇÃO: A EXPANSÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU

Desde que o princípio da proporcionalidade foi concebido no direito de polícia prussiano, seu uso se ampliou e expandiu por todo direito público europeu. Esse critério jurídico adquiriu relevância nas mais variadas áreas do direito administrativo prussiano no século dezenove. Um fator determinante para essa expansão, relacionado com o paradoxo de liberdade, foi o consenso geral sobre a ideia segundo a qual os atos de autoridade devem respeitar as liberdades inerentes aos indivíduos e que a intensidade de todas e de cada uma das limitações a tais liberdades deve perseguir um fim legítimo. Dessa forma, por exemplo, Mayer escrevia, no final do século dezoito, que “os direitos naturais exigem que o uso da força policial executada pelo governo seja proporcional”.⁴³

40. Sobre o conceito de proporcionalidade como um princípio do direito de polícia prussiano e sua difusão em todo o direito administrativo alemão, ver: Adolf Julius Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Vienna and Berlin: Springer, 1927), 249 s.

41. Sobre esse conceito, que seria a base para o subprincípio da adequação e seu desenvolvimento no direito de polícia prussiano, ver também: Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes* (Heidelberg: C. F. Müller, 1995), 200.

42. Ver: Carl Gottlieb von Svarez, *Vorträge über Recht und Stadt (1791)*, eds. Hermann Conrad e Gerd Kleinheyer (Cologne e Opladen: Westdeutscher Verlag, 1960) (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Volume 10), 486 s.

43. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht(1895)* (Berlin: Dunker & Humblot, Volume 1, 2004), 267 s.

Com o objetivo de controlar esse tipo de proporcionalidade, os tribunais começaram a proteger a liberdade, como uma forma de direito natural. A criação de uma Jurisdição Administrativa independente, o Tribunal Superior Administrativo prussiano (*Oberverwaltungsgericht*), foi outro elemento que contribuiu para a expansão do princípio da proporcionalidade. Esse tribunal começou a funcionar em 1875 e constantemente invocava a violação ao princípio da proporcionalidade como razão para anular medidas coercitivas que limitavam os direitos individuais de forma excessiva.⁴⁴ O Tribunal Superior Administrativo prussiano compreendeu o princípio da proporcionalidade nos termos do subprincípio de necessidade, ou seja, como um critério para garantir que as liberdades sejam limitadas, na realidade, pelo meio menos gravoso.⁴⁵ Graças a esses elementos, no fim do século dezenove e começo do século vinte, o princípio da proporcionalidade já era um princípio geral do direito administrativo alemão.⁴⁶

Após a aprovação da Lei Fundamental alemã, Rupperecht von Krauss, pela primeira vez, analisou o princípio da proporcionalidade como um conceito formado por subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁷ Posteriormente, Peter Lerche desenvolveu essa concepção acerca da estrutura desse princípio.⁴⁸ Não obstante, Lerche denominou a proporcionalidade como “proibição do excesso” e dividiu sua estrutura em apenas dois subprincípios: necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Lerche considerava que as exigências do subprincípio da adequação se encontravam implícitas nos outros dois subprincípios. Essas bases conceituais da proporcionalidade seriam de suma relevância para jurisprudência de diversos países.

44. Para um detalhado relato histórico sobre a evolução do princípio da proporcionalidade durante os séculos XVIII e XIX, ver: Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes* (n. 41), 200 s.; e P. Lerche *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit* (Cologne et al.: Carl Heymanns, 1961), 234 s.”

45. Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade que o Tribunal Superior Administrativo Prussiano fez, ver: Klaus Stern, 'Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots', em *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, eds. P. Badura y R. Scholz, (Munich: C. H. Beck, 1993), 168.

46. Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Göttingen: Otto Schwartz & Co., 1981), 4 s.

47. Ver: Rupperecht von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht* (Hamburg: Appel, 1955), 14 s.

48. Ver: Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit* (n. 44), 19 s.

Desde a Segunda Guerra Mundial, os juízes administrativos da Alemanha e da Suíça utilizaram o princípio da proporcionalidade para exercer o controle da constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos.⁴⁹

Nos últimos sessenta anos, a aplicação da doutrina alemã a respeito da proporcionalidade proliferou-se em vários países europeus em diversos campos do direito administrativo que protegem direitos individuais, sejam de ordem constitucional ou legal. Por exemplo, as jurisdições francesa, italiana e espanhola utilizam esse princípio como um critério para controlar a legalidade dos atos da administração pública, em especial, aqueles que são produto do exercício de poderes discricionários.⁵⁰ Embora o princípio da proporcionalidade não esteja tipificado em nenhuma disposição positiva do direito administrativo francês, a jurisdição Contenciosa-Administrativa aplica-o implicitamente com muita frequência.⁵¹ Para tal efeito, o princípio da proporcionalidade se integra ao controle que se faz através das técnicas de desvio de poder, qualificação jurídica dos fatos, erro manifesto, necessidade de ato e equilíbrio entre os custos e benefícios das atuações do Estado.⁵² Inversamente, no direito administrativo italiano, esse princípio começou a ser aplicado como critério autônomo. Não obstante, em algumas ocasiões, continua sendo considerado como um componente dos critérios de razoabilidade, congruência, adequação, igualdade e excesso de poder, que se utilizam para avaliar a legalidade dos atos administrativos.⁵³ Finalmente, o princípio da proporcionalidade é agora, um princípio geral do direito administrativo espanhol, um campo em que a tradição jurídica alemã sempre foi relevante.⁵⁴

49. Sobre o papel que o princípio da proporcionalidade tem desempenhado no direito administrativo alemão a partir de 1949, ver: Hans Henning Lohmann, 'Die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs als Auslegungstopos im Verhältnismäßigkeit', *AöR*, 110 (1975), 415 s.; Michael Ch. Jakobs, 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit', *Heymann*, (1985), 97 s.; Erich Dahlinger, 'Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?', *DöV*, (1966), 818 s. Sobre a utilização desse princípio no direito administrativo suíço, ver: Hans Huber, 'Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht', em *Festschrift für Robert Fischer* (n. 37), 1 s.

50. Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade como um critério para o exercício de poderes discricionários no direito francês, ver: Xavier Philippe, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises* (Aix-en-Provence: Economica – PUAM, 1990), 261. Philippe salienta que, graças à sua “versatilidade”, o princípio da proporcionalidade simplifica o controle da constitucionalidade sobre o exercício de poderes discricionários, uma vez que permite que os juízes estabeleçam um equilíbrio entre o exercício dessa faculdade, além de submeter às autoridades ao direito.

51. Em relação à utilização implícita do princípio da proporcionalidade no direito administrativo francês, Xavier Phillippe adverte que “o juiz francês – seja da jurisdição administrativa ou ordinária– sempre decidiu evitar usar o termo [proporcionalidade]. Contudo, tem aplicado esse conceito mediante recursos a conceitos similares, paráfrases ou sinônimos”. Não obstante, o mesmo autor reconhece que essa tendência começou a mudar na última década do século XX, como consequência da influência que as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça Europeu têm exercido sobre os juízes franceses.

2.3. A TERCEIRA MIGRAÇÃO: DO DIREITO ADMINISTRATIVO AO DIREITO CONSTITUCIONAL

A utilização do princípio da proporcionalidade tem evoluído na Europa especialmente no campo do direito constitucional. O primeiro capítulo da Lei Fundamental alemã (1949) institucionalizou a proteção da liberdade por meio de um catálogo de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, a Constituição facultou às autoridades políticas limitar esses direitos e estabeleceu um Tribunal Constitucional com a atribuição de analisar a constitucionalidade das limitações que a eles se impusessem. Dessa forma, o paradoxo de liberdade se incorporou ao campo dos direitos fundamentais.

Poucos anos depois de ter sido aprovada a Lei Fundamental alemã, o Tribunal Constitucional começou a utilizar o princípio da proporcionalidade como um critério para resolver esse paradoxo. Como sustentaram Alec Stone Sweet e Jud Mathews, do ponto de vista da Ciência Política, certos fatores explicam por que o Tribunal começou a utilizar esse princípio.⁵⁵ Primeiro, os componentes básicos do princípio da proporcionalidade já se encontravam presentes na cultura jurídica alemã. Segundo, a maioria dos juízes do Tribunal Constitucional alemão eram acadêmicos familiarizados com o princípio da proporcionalidade. Por último, devido ao fato de a maioria do povo alemão querer deixar para trás a Era Nazista, o Tribunal contava com uma enorme legitimação em seu compromisso de agir como guardião dos direitos fundamentais. Da mesma forma, vale a pena enfatizar que a Lei Fundamental alemã também salvaguardava esse compromisso.

Isso levou tais juízes a reconhecer de forma explícita e direta o uso do princípio da proporcionalidade. Ver: 'El principio de proporcionalidad en el derecho público francés', *Cdp*, 5 (1998), 256.

52. Ver: George Xynopoulos, *Le Contrôle de Proportionnalité dans le Contentieux de la Constitutionnalité et de la Legalité en France, Allemagne et Angleterre* (Paris: L.G.D.J., 1995), 64; Guy Braibant, 'Le Principe de Proportionnalité', em: *Mélanges Offerts à Marcel Waline, le Juge et le Droit Public*, [sem editor] (Paris: L.G.D.J., 1974); Francis Teitgen, 'Le Principe de Proportionnalité en Droit Français', em *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäische Rechtsordnungen*, ed. Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Heidelberg: C. F. Müller, 1985), 61 s.

53. Ver: Stefano Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese* (Milan: Giuffrè, 2008); Diana Urania Galleta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo* (Milão: Giuffrè, 1998); Aldo Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa* (Padua: Cedam, 1998); Aldo Sandulli, 'Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati', *RTDP*, 2 (1995), 360 s.

54. Ver, entre outros: Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa* (Valencia: Tirant lo blanch, 2004); José Ignacio López González, 'El principio de proporcionalidad en derecho administrativo', *Cdp*, 5 (1998) 143–158.

55. Alec Stone Sweet e Jud Mathews, 'Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism' (n. 2), 108.

A Lei Fundamental não só reconheceu um catálogo de direitos fundamentais (Artigos 1º a 19, 20.4, 33, 38, 101, 103 e 104) e criou o Tribunal Constitucional Federal (Artigo 93 e 94), mas também estabeleceu meios de controle de constitucionalidade mediante os quais as limitações aos direitos fundamentais podem ser controladas. Há um procedimento em abstrato para o controle constitucional de leis (Artigo 93 (1) n. 2), um procedimento para análise concreta da constitucionalidade mediante a questão da inconstitucionalidade (Artigo 100.1) e a chamada queixa ou amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, Artigo 93(1) n. 4a).⁵⁶

Na sentença dada ao caso das farmácias (*Apothekenurteil*) (de 11 de junho de 1958), o Tribunal Federal Constitucional alemão inaugurou o emprego da doutrina da proporcionalidade.⁵⁷ Nesse caso, um farmacêutico impugnou, mediante recurso de queixa ou amparo constitucional, uma decisão do governo de Alta Baviera, prolatada com fundamento no artigo 3.1 de uma lei de 1952 sobre a regulamentação das farmácias em Baviera. O recorrente considerou que a negação por parte do governo de permissão para abertura de uma farmácia em Traunreut violava sua liberdade de escolha profissional, garantida pelo artigo 12.1 da Constituição. A lei citada estabelecia as exigências para abertura de toda farmácia nova. As exigências se referiam à qualificação do solicitante, a questões de interesse sanitário e a condições econômicas e de competência comercial com outros estabelecimentos do mesmo tipo. A resolução administrativa de que se recorreu foi embasada estritamente nos termos desta regulamentação legal.

O governo de Alta Baviera considerou que o interesse público não exigia a abertura de uma farmácia e que, pelo contrário, tal abertura reduziria em cerca de 40% os potenciais benefícios econômicos das farmácias já existentes, por causa de uma demanda insuficiente de produtos farmacêuticos. Portanto, a nova farmácia não só precisava de viabilidade suficiente, mas também colocaria em risco as farmácias existentes na zona. Para resolver esse caso, o Tribunal Federal Constitucional alemão estudou a constitucionalidade do artigo 3.1 da lei de farmácias na Baviera e o declarou inconstitucional.

56. A queixa ou amparo constitucional é um procedimento específico para proteção dos direitos fundamentais. Qualquer indivíduo está legitimado para denunciar a violação de seus direitos fundamentais. Esse processo faculta ao Tribunal Constitucional analisar a proporcionalidade das limitações dos direitos fundamentais em casos particulares.

57. O Tribunal Constitucional alemão havia feito uma breve menção sobre esse princípio seis anos antes (ver a sentença BVerfGE 1, 167 em 178 (1952)) O caso tratava de uma lei do estado de Renânia do Norte-Westfalia que regulava assuntos eleitorais. Ver: Dieter Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence', *U. TorL. J.*, 57 (2007), 385.

Depois de fazer uma revisão histórica sobre as razões que sustentam a necessidade de regular publicamente a abertura e o funcionamento das farmácias (essa análise não era outra coisa senão a análise da legitimidade do fim da limitação do direito fundamental) e depois de considerar a natureza e alcance do direito de escolher e exercer uma profissão, o Tribunal sustentou que o princípio da proporcionalidade era um critério adequado para resolver o caso. O Tribunal determinou que quanto maior for a afetação na esfera do indivíduo, maior deve ser o interesse público que a justifique.⁵⁸ Dessa forma, o Tribunal destacou que a esfera da liberdade individual só pode ser limitada pelo meio mais benigno⁵⁹ e enunciou a teoria dos níveis de intervenção legislativa nos direitos fundamentais. Segundo esta teoria:

O legislador deve regulamentar o artigo 12.1.2 em nível que implique a menor intervenção na liberdade de escolha de profissão e só pode passar ao seguinte nível, caso fique demonstrado evidente, com alta probabilidade, que os perigos temidos não podem ser efetivamente afastados com as medidas constitucionais do nível anterior.⁶⁰

Essa sentença do Tribunal Constitucional Federal inaugurou a tendência segundo a qual o princípio da proporcionalidade constitui a pedra angular em que devem se basear as decisões do controle de constitucionalidade na Alemanha. Em 1963, num caso em que se analisou o direito à integridade física, o Tribunal declarou que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em todos os casos em que o Estado limita a “esfera de liberdade individual”.⁶¹ O Tribunal insistiu nessa ideia e desenvolveu toda uma doutrina em inúmeras decisões posteriores.⁶² De acordo com essa linha jurisprudencial, qualquer intervenção em um direito constitucional que não atenda as exigências do princípio da proporcionalidade deve ser declarada inconstitucional.⁶³

58. BVerfGE 7, 377 (408)

59. Ibid 405

60. Ibid 409 *Tradução do alemão por Carlos Bernal Pulido.

61. BVerfGE 16, 194 at 201.

62. Para uma análise das sentenças mais relevantes do Tribunal Constitucional Federal alemão em matéria do princípio da proporcionalidade, ver Lothar Michael, 'Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit', *JuS*, 9 (2001), 866 s.

63. Sobre o princípio da proporcionalidade no atual Direito alemão no campo do controle de constitucionalidade, ver, entre muitos outros: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 10), 66–69, e 394–414; Robert Alexy, 'Balancing, Constitutional Review and Representation', *J·CON*, 3 (2005), 572–581; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (n. 20); Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie - Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte* (Baden – Baden: Nomos, 2nd edn, 2007).

2.4. A QUARTA MIGRAÇÃO: DO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO AO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E AO DIREITO EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶⁴ e o Tribunal Europeu de Justiça⁶⁵ têm seguido os passos da jurisprudência alemã. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos utiliza o princípio da proporcionalidade como um critério para determinar se as limitações feitas pelos estados membros do Conselho da Europa violam ou não os direitos individuais protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. É nesse contexto que o princípio da proporcionalidade é particularmente relevante para determinar se os Estados ultrapassaram o chamado “espaço de ação”, isto é, o espaço discricionário que possuem para implementar os direitos previstos pela Convenção, considerando-se as particularidades de cada país. O Tribunal Europeu de Justiça aplica o princípio da proporcionalidade como critério para analisar dois tipos de medidas, aquelas adotadas pelas instituições da União Europeia e as medidas tomadas pelos estados membros.

64. Sobre o uso do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ver: Yukata Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Antwerpen, Oxford, and New York: Intersentia, 2001); Jeremy McBride, 'Proportionality and the European Convention on Human Rights', em *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. Evelin Ellis (Oxford, and Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999), 23 s.; George Letsas, 'Two Concepts of the Margin of Appreciation', *Oxford J. Legal. Stud.*, 26 (2006), 711 s.; Steven Greer, 'Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights', *Oxford J. Legal. Stud.*, 23 (2003), 409 s.; Sébastien van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme* (Brussels: Bruylant, 2001); Josefa Fernández Nieto, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad* (Madrid: Dykinson, 2009); Bardo Fassbender, 'El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos', *Cdp*, 5 (1998), 52 s.

65. Sobre o princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça, ver: Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) capítulos 3, 4 e 5; Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study* (London, The Hague and Boston: Kluwer, 1996), capítulos 4, 5, 6 e 7; Francis G. Jacobs, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law', em *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (n. 63), 1 s.; Tor-Inge Harbo, 'The Function of the Principle of Proportionality in EU Law', *ELJ*, (2) 16 (2010), 171 s.; Oliver Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* (Berlin: Duncker & Humblot, 2003); Angelika Emmerich Fritsche, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtsetzung* (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), 96 f; Anna N. Georgiadou, 'Le Principe de la Proportionnalité dans le Cadre de la Jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne', *ARSP*, 4 (1995), 532 s.

Nesse campo, o princípio da proporcionalidade é utilizado, sobretudo, como um critério para resolver casos associados com a legalidade das intervenções dos estados membros nas “quatro liberdades fundamentais” da União Europeia (livre circulação de mercadorias, de trabalhadores, de serviços e de capitais)⁶⁶ e para analisar se as limitações impostas às referidas liberdades pelas instituições comunitárias estão justificadas.⁶⁷ Também há uma menção especial ao princípio da proporcionalidade no artigo 52.1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, firmada e proclamada em Nice (França) no dia 07 de dezembro de 2000. Este artigo estabelece o seguinte:

Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Limitações somente poderão ser introduzidas, respeitando-se o princípio da proporcionalidade, quando forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.⁶⁸

2.5. A QUINTA MIGRAÇÃO: DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS AO DIREITO CONSTITUCIONAL NACIONAL DOS PAÍSES EUROPEUS

A utilização do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Justiça gerou a migração do princípio ao direito constitucional de praticamente todos os países europeus. A causa principal é a obrigatoriedade que as sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal comunitário têm nas jurisdições nacionais.

66. Sobre o princípio da proporcionalidade nesse âmbito, ver: Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 194 s.; Jan H. Jans, 'Proportionality Revisited', *LIEI*, (3) 27 (2000), 239 s.; e Stefan Enchelmaier, 'Four Freedoms, How Many Principles?', *Oxford J. Legal. Stud.*, 24 (2004), 169 s.

67. Dessa forma, o Protocolo para a implementação do Tratado de Amsterdam sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade estabelece o seguinte: “Al ejercer las competencias que le han sido conferidas cada institución [...] garantizará el respeto del principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.”* Texto original da versão em espanhol.

68. *Texto original da versão em espanhol. Sobre a relevância de esse artigo para a proteção dos direitos fundamentais dentro do marco do Direito Comunitário, ver: Martin Borowski, 'Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union', *Leg.*, 1 (2007), 199–240.

Por um lado, os tribunais constitucionais transferiram o princípio da proporcionalidade utilizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para o campo de proteção dos direitos nacionais. Por outro lado, os tribunais e juízes assumiram a doutrina da proporcionalidade, tal como entendida pelo Tribunal Europeu de Justiça, como uma forma de garantir o princípio da supremacia do direito comunitário. Esse princípio consiste em que, no caso de conflito entre normas de direito comunitário e normas dos estados membros, devem prevalecer as primeiras.⁶⁹ Isso fez com que o princípio da proporcionalidade se convertesse em um critério para o controle de constitucionalidade na Espanha,⁷⁰ França,⁷¹ Itália,⁷² Portugal,⁷³ Bélgica,⁷⁴ Áustria,⁷⁵

69. Sobre o princípio da supremacia como uma causa da expansão do princípio da proporcionalidade, ver: Jean Marc Favret, 'La Primauté du Principe Communautaire de Proportionnalité sur la Loi Nationale', *RFDA*, 2 (1997), 389 s.

70. Ver: Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (n. 20); Markus Gonzalez Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: Thomson-Aranzadi, 2003). O Tribunal Constitucional espanhol começou a aplicar o princípio da proporcionalidade como o Tribunal Constitucional alemão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Justiça o desenvolveram, a partir da sentença STC 66/1995. Outras decisões relevantes são as Sentenças 55/1996, 161/1997, 136/1999, 261/2005, 300/2005, 327/2005, 11/2006, e 90/2006.

71. Ver: Valérie Goessel-le-Bihan 'Réflexion Iconoclaste sur le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel', *RFDC*, 30 (1997), 227 s. Essa autora distingue entre o princípio da proporcionalidade como o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) aplicava até fins do ano 1990 e a forma com que começou a ser aplicado a partir de 06 de dezembro de 1990, 10 de janeiro e 06 de julho de 1994. Goessel-le-Bihan sustenta que somente na versão mais recente do princípio da proporcionalidade, ele é entendido como um conceito formado pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

72. Um segmento importante dos constitucionalistas italianos considera que o princípio da proporcionalidade é uma expressão do princípio da *ragionevolezza* (razoabilidade). Ver: Andrea Morrone, 'Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness', em *Reasonableness and Law*, eds. Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor e Chiara Valentini (Dordrecht: Springer, 2009), 215 s.; Giuseppe Scaccia, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* (Milan: Giuffrè, 2000), 348 s.; Gustavo Zagrebelsky, *Giustizia Costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 2dn edn., 1988), 147 s.

73. Ver: M. A. Vaz, 'O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações', em *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, ed. Jorge Miranda (Coimbra: Almedina, 1996), Vol. II, 323 s.; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Coimbra: Almedina, 7th edn., 2009), 259 s.; Anabela Costa Leão, *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso* (Coimbra: Almedina, 2001).

74. Ver: Gernot Brammer, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht* (Aachen: Shaker Verlag, 2000).

75. Ver: Christiana Pollak, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs* (Baden-Baden: Nomos, 1991); Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Viena, Springer, 1991).

Grécia,⁷⁶ Suíça⁷⁷ e, mais recentemente, nos países da Europa oriental como Bulgária, Croácia, Lituânia, Eslováquia, Eslovênia, República Tcheca,⁷⁸ Polônia, Estônia, Hungria e Romênia.⁷⁹

2.6. A SEXTA MIGRAÇÃO: DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E DIREITO EUROPEU HUMANITÁRIO AO DIREITO BRITÂNICO

Também o sistema jurídico britânico, apesar de suas marcadas diferenças em relação ao Direito continental europeu, participou desse processo de convergência no uso do princípio da proporcionalidade. É certo que a ideia de razoabilidade (*reasonableness*) formou parte da cultura jurídica britânica, pelo menos, desde o século dezanove.⁸⁰ Também é certo que, a partir do caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation* (1948),⁸¹ o princípio da irrazoabilidade manifesta (*manifest unreasonableness*) se transformou em um critério utilizado no direito administrativo. De acordo com esse princípio, os juízes só podem anular as decisões discricionárias dos poderes públicos quando ultrapassarem certo limite de irracionalidade, de modo que torne incompreensíveis suas finalidades e seu sentido. Todavia, apenas alguns aspectos do princípio da razoabilidade, em seu sentido original, possuem zonas de intercessão com o princípio da proporcionalidade.

76. O princípio da proporcionalidade foi incorporado de forma expressa no artigo 25, parágrafo 1º da Constituição da Grécia (na reforma constitucional do ano 2011): “Qualquer restrição, que possa se impor sobre esses direitos [os direitos do ser humano] com base na Constituição, deve ser estabelecida na Constituição ou em uma lei; quando estabelecida na lei, essa deve respeitar o princípio da proporcionalidade”. Sobre o princípio da proporcionalidade no Direito grego como critério para o controle de constitucionalidade, ver: Sarantis K. Orfanoudakis and Vasiliki Kokota, 'The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences', *HREL*, 4 (2007), 691–720.

77. Ver: Ulrich Zimmerli, 'Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema 'Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht'', *ZSR*, (II) 97 (1978), 559 s.; Furgler Kurt, 'Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht', *ZSR*, (II) 97 (1978), 555 s.

78. Ver: Pavel Holländer, 'Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?', em: *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, ed. Jan R. Sieckmann (Nomos, Baden-Baden 2006), 179-195.

79. Ver: Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe* (Dordrecht: Springer, 2005), 266 s., e Wojciech Sadurski, 'Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?', *Israel L. Rev.*, (3) 42 (2009), 519.

80. Sobre as origens da ideia de razoabilidade no Direito britânico, particularmente nos campos do direito civil, direito administrativo e direitos humanos, ver: Tom R. Hickman, 'The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere', *Cam. L. J.*, (1) 63 (2004), 167 s.

81. *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

Craig está correto quando afirma que chegar ao nível de irracionalidade que o princípio da razoabilidade pressupõe é, na verdade, bastante difícil.⁸² O princípio da irrazoabilidade manifesta é menos estrito que o princípio da proporcionalidade. Como Lord Ackner afirmou no caso *Brind* [1991], o princípio da proporcionalidade é um “parâmetro diferente e mais estrito” do que o princípio da irrazoabilidade.⁸³

A importação do princípio da proporcionalidade pelo Direito britânico é uma consequência direta da influência do Direito comunitário europeu.⁸⁴ Em 1985, um *dictum* do Lord Diplock propôs “a possível adoção do princípio da proporcionalidade, conceito reconhecido no direito administrativo de outros estados membros da Comunidade Econômica Europeia.”⁸⁵ Não obstante, na sentença do caso *Regina vs. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*, em 1991, a Câmara dos Lords se pronunciou contra a importação da doutrina da proporcionalidade para o Direito britânico.⁸⁶

Após o caso *Brind*, não houve consenso entre juristas nem juízes sobre a viabilidade da importação do princípio da proporcionalidade para o Direito do Reino Unido. Apesar disso, alguns juízes ingleses continuaram a utilizar esse princípio e, inclusive, preferiram-no em relação ao princípio da razoabilidade. Tal como destacou Hickman, isso aconteceu, por exemplo, quando a Corte de Apelações propôs “abandonar” o princípio *Wednesbury* de razoabilidade e, em seu lugar, preferiu utilizar “um princípio geral de proporcionalidade”.⁸⁷ Craig e De Búrca concordam que esse último princípio foi aplicado de forma consistente, em especial, em casos – como *IFT*⁸⁸ e *International Stock Exchange*⁸⁹ – em que o Direito comunitário devia ser aplicado.

82. Paul Craig, 'Unreasonableness and Proportionality in UK Law', em *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (n. 52), 94.

83. *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

84. Ver, entre muitos outros: Jonathan E. Levitsky, 'The Europeanization of the British Legal Style', *Am. J. Comp. L.*, 42 (1994), 376.

85. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

86. Nesse caso, se analisaram certas diretrizes emitidas pelo Secretário do Interior, as quais limitavam a difusão de mensagens terroristas na televisão. Em particular, se ordenava que as vozes de terroristas fossem dubladas por um ator. Sete correspondentes e um representante do grêmio impugnaram essas medidas. Os demandantes argumentaram que restringir a difusão direta das mensagens era desproporcional em relação ao fim perseguido, ou seja, a luta contra o terrorismo.

87. Tom R. Hickman, 'The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere' (n. 70), 182.

88. *R. v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd* [1999] 1 All ER 129, 157

89. *International Stock Exchange case: R. v. International Stock Exchange, ex parte Else* [1992] BCC 11.

90. Paul Craig, 'Unreasonableness and Proportionality in UK Law' (n. 81), 89. Ver também: Grainne de Búrca, 'Proportionality and *Wednesbury* Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on U.K. Law', *EPL*, (3) 4 (1997), 577 s.

Contudo, no final dos anos noventa, o princípio da razoabilidade sofreu uma transformação e experimentou determinado grau de revitalização.⁹¹ Nessa nova forma, chamada 'super-Wednesbury', o princípio da irrazoabilidade exigia dos Tribunais a realização de uma análise mais estrita dos atos administrativos. Impunha-lhes a realização de um “escrutínio escrupuloso”*, um “nível reforçado de escrutínio” ou um “controle rigoroso” dos mesmos.⁹² Dessa forma, o princípio 'super-Wednesbury' já não exigia que o ato administrativo fosse absurdo ou despótico para que o juiz pudesse declarar injustificada a limitação aos direitos fundamentais em jogo.⁹³ Não obstante, esse princípio não podia garantir o mesmo nível de proteção que o princípio da proporcionalidade oferece. No caso *Smith*,⁹⁴ o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que, mesmo aplicando o critério super-Wednesbury, os juízes nacionais se encontravam efetivamente impedidos para analisar se a limitação aos direitos respondia a uma demanda coletiva urgente ou se era proporcional (...) aos fins perseguidos”. Esse fato evidenciou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos exigia o uso do princípio da proporcionalidade e não do critério da razoabilidade.

A promulgação da Lei de Direitos Humanos de 1998 reforçou a aplicação do princípio da proporcionalidade. Essa lei preparou o caminho para que a doutrina da proporcionalidade constantemente utilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos fosse relevante para as decisões das autoridades e juízes do Reino Unido. O artigo 6º dessa Lei estabelece que “se considerará ilegal o ato de qualquer autoridade pública (exceto do Parlamento) que seja incompatível com os direitos previstos pela Convenção”. O artigo 2º atribui valor vinculante no Reino Unido às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na medida em que os tribunais britânicos “devem considerar qualquer sentença, declaração ou opinião consultiva do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sempre que seja necessário interpretar um direito da Convenção.”⁹⁵

91. Paul Craig, 'Unreasonableness and Proportionality in U.K. Law' (n. 81), 95.

* NT – “*Escrutínio*” é o termo técnico utilizado no tratamento de questões relacionadas com os temas *princípio da proporcionalidade, controle judicial, separação de poderes*, dentre outros. Nesse contexto, “*escrutínio*” significa “*apuração*”, “*pesquisa*”, “*averiguação*”

92. Sobre a aplicação do critério de 'super-Wednesbury' em matéria de Direitos Humanos, ver: Tom R. Hickman, 'The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere' (n. 70), 185 s.

93. Sobre esse e outros critérios de razoabilidade em matéria judicial, ver: Andrew Le Sueur, 'The Rise and Ruin of Unreasonableness', *JR*, 10 (2005), 39 s.

94. *Smith & Grady v. United Kingdom* (App 33985/96 and 33986/96) [1999] 29 E.H.R.R. 493, at 138

95. Como prevê o artigo 1º da Lei de Direitos Humanos, “Os Direitos da Convenção são: os direitos e liberdades fundamentais enunciados nos artigos 2º a 12 e 14 da Convenção [Europeia de Direitos Humanos], (b) Artigos 1º a 3º do Primeiro Protocolo e (c) Artigos 1º e 2º do Sexto Protocolo, em relação aos artigos 16 e 18 da Convenção”.

Portanto, as resoluções do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - incluindo aquelas que expõem a doutrina do princípio da proporcionalidade – são uma fonte do Direito.⁹⁶

Como consequência dessas mudanças, no caso *Daly*, a Câmara dos Lordes aceitou expressamente o critério de proporcionalidade como um princípio de direito público britânico, em especial, no concernente à aplicação dos direitos da Convenção.⁹⁷ Após distinguir o princípio da proporcionalidade e o princípio de irrazoabilidade, Lord Steyn afirmou que era “importante que os casos que envolvem os direitos da Convenção sejam analisados de modo adequado”, ou seja, mediante o princípio da proporcionalidade. Os demais juízes concordaram com sua opinião. Desde então, muitos outros casos têm aplicado a doutrina enunciada nessa sentença.⁹⁸

3. UMA JUSTIFICAÇÃO PARA A MIGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELA EUROPA

3.1. A NECESSIDADE CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A segunda parte deste ensaio analisa as possíveis razões que podem justificar as diferentes migrações do princípio da proporcionalidade pela Europa. É fácil justificar as migrações e os empréstimos constitucionais com base em razões fortes ou fracas.⁹⁹ Alusões ao direito natural¹⁰⁰ e ao *Ius Gentium*¹⁰¹ representam razões fortes para justificar o empréstimo de instituições constitucionais ou de conceitos ligados aos direitos fundamentais. Por exemplo, que um direito seja um direito natural fundamental ou que exista um consenso mundial recente acerca de sua validade moral e legal, seria uma razão em sentido estrito que poderia justificar que um tribunal o importasse para um sistema jurídico¹⁰²

96. Ver, David Feldman, 'Proportionality and the Human Rights Act', in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (n. 63), 121. Ver também: Tom R. Hickman, 'The Substance and Structure of Proportionality', *PL*, 4 (2008), 694.

97. *Regina v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26

98. Ver, entre outros: *R. v Shayler* [2002] UKHL 11; *A. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; *R. (on the application of Begum) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15 e *Huang v Secretary of State for Home Department* [2007] UKHL 11.

99. Ver, Vlad Perju, 'Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations', (n. 24) 1324.

100. Sobre a possível justificação com base no direito natural, ver: Roger P. Alford. 'In Search of a Theory for Constitutional Comparativism', *UCLAL. Rev.*, 52 (2004-2005), 659 s.

101. Sobre a possível justificação graças ao *Ius Gentium*, ver: Jeremy Waldron, 'Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*', *Harvard Law Review*, 119 (1) (2005), 139.

102. Cabe destacar, está nítido, que a plausibilidade desses raciocínios depende da presunção de que efetivamente exista o direito natural ou o *Ius Gentium*.

Razões fracas poderiam ser caracterizadas pelo fato de os tribunais nacionais pretenderem unir-se a um diálogo jurisprudencial cosmopolita com tribunais de outros países. O propósito desse empréstimo constitucional seria motivar uma reflexão normativa acerca da adequação de instituições locais à luz de um estudo comparativo com alternativas estrangeiras.¹⁰³

Uma razão forte capaz de justificar a migração do princípio da proporcionalidade pode ser inferida da ideia de que esse princípio é conceitualmente necessário para o controle da constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais. É possível denominar essa razão como a tese da necessidade conceitual. Essa tese sustenta que uma proposição necessariamente verdadeira acerca da própria natureza dos direitos fundamentais é que eles têm que ser aplicados por meio do princípio da proporcionalidade. Se essa tese estiver correta, isso significa que, em todo momento e lugar em que existam direitos fundamentais, os juízes têm que aplicá-los por meio do princípio da proporcionalidade.¹⁰⁴ Se a tese da necessidade conceitual for verdadeira, então, uma vez que os direitos fundamentais são reconhecidos em um sistema jurídico, transplantar o princípio da proporcionalidade não só seria uma ação justificável, mas inevitável. Se os direitos fundamentais necessariamente implicarem o uso do princípio da proporcionalidade, então seria impossível protegê-los sem utilizar esse critério. Utilizar o princípio da proporcionalidade não seria obrigatório, mas imprescindível. A proporcionalidade seria um critério de aplicação obrigatória. Isso teria, por sua vez, um impacto na justificação em abstrato do uso do princípio da proporcionalidade, especialmente no que se refere ao problema da legitimidade. A necessidade conceitual do princípio da proporcionalidade significaria que o uso desse princípio não poderia ser considerado ilegítimo. Bastaria que um Estado promulgasse uma declaração de direitos fundamentais e facultasse aos juízes sua aplicação, para que eles não só pudessem, mas necessitassem utilizar o princípio da proporcionalidade. Como conclusão, o empréstimo do princípio da proporcionalidade seria uma consequência necessária da institucionalização dos direitos fundamentais em uma jurisdição.

103. Ver: Vlad Perju, 'Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order', *Constellations*, 12 (2005), 464 s.

104. Para um uso similar da noção de necessidade conceitual utilizada no debate sobre a natureza do direito, ver Joseph Raz, 'Can There Be a Theory of Law?', em eds., M. P. Golding and W. A. Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, (Oxford, Blackwell, 2005). 324-325; e Robert Alexy, 'On the Concept and the Nature of Law', (21) 3 *RJ* (2008), 284.

3.2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO UM CONJUNTO DE CONDIÇÕES SUFICIENTES E NECESSÁRIAS PARA A CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode haver, pelo menos, duas versões da tese da necessidade conceitual. Uma versão estrita dessa tese pode ser inferida do que sustenta Aharon Barak, quando afirma que “[qualquer] restrição de um direito fundamental [...] será constitucionalmente permissível se, e somente se, for proporcional”.¹⁰⁵ Essa proposição equivale a sustentar que o princípio da proporcionalidade estabelece condições necessárias e suficientes para a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais. Se essa proposição for verdadeira, então haveria uma dupla implicação da suficiência e necessidade entre as exigências da proporcionalidade e as exigências para a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais. Uma limitação seria constitucional, se e somente se, satisfizesse as exigências do princípio da proporcionalidade. A satisfação dessas exigências implicaria necessariamente a constitucionalidade da limitação. Bastaria que uma dessas exigências não se cumprisse para considerar a limitação como inconstitucional. Consequentemente, não se poderia controlar a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais sem se aplicar o princípio da proporcionalidade. Por sua vez, todas as hipóteses e elementos do controle de constitucionalidade de tais limitações poderiam ser reduzidos à aplicação do princípio da proporcionalidade.

A versão estrita da tese da necessidade conceitual não parece plausível. Cada um dos subprincípios da proporcionalidade realmente estabelece uma condição necessária para a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais. Se uma limitação descumprir qualquer das exigências expressas nos subprincípios, deve ser considerada como uma violação ao direito fundamental que limita; portanto, deverá ser declarada inconstitucional. Não obstante, os subprincípios da proporcionalidade não expressam nem conjunta nem separadamente condições suficientes de constitucionalidade. As limitações aos direitos fundamentais podem ser inconstitucionais por outras razões, por exemplo, por contradizer, de forma expressa, o texto constitucional ou por ter havido uma irregularidade de certa instituição no processo legislativo ou administrativo que levou à promulgação do ato que limita os direitos fundamentais.

¹⁰⁵ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 3. Barak afirma: “La constitucionalidad de la limitación, en otras palabras, se determina por su proporcionalidad”.s depende da presunção de que efetivamente exista o direito natural ou o *Ius Gentium*.

Da mesma forma, existem hipóteses de controle constitucional que não exigem nem implicam o uso da proporcionalidade. Exemplos disso se encontram na solução de casos fáceis com fundamento em regras constitucionais concretas, *verbi gratia*, a imposição de uma limitação a um direito fundamental sem haver as maiorias parlamentares que algumas constituições determinam para a aprovação de limitações dessa natureza, a atribuição aos órgãos de segurança do Estado do poder para torturar detentos contrariamente a uma disposição constitucional que literalmente a proíba ou a ampliação legislativa do prazo em que as pessoas detidas devem ser levadas ante a presença de um juiz.

3.3. AS IMPLICAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma versão menos estrita da tese da necessidade conceitual é desenvolvida na obra de Alexy, particularmente, em seu artigo 'Constitutional Rights and Proportionality'. Alexy não propõe que todo o controle de constitucionalidade possa reduzir-se a uma análise de proporcionalidade. Reconhece que existem normas de direitos fundamentais que podem ser aplicadas mediante um exercício de subsunção. Alexy denomina esse tipo de disposições de “regras” e as contrapõe aos “princípios”.¹⁰⁶ Não obstante, Alexy sustenta que “existe uma implicação necessária entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.” Embora Alexy não classifique essa implicação como uma conexão conceitual, alguns de seus argumentos levam à conclusão de que tal implicação possui esse caráter.

A tese de Alexy contém dois elementos. A primeira parte consiste no postulado que afirma que há uma classe de normas constitucionais, os princípios, que possuem uma conexão necessária com o princípio da proporcionalidade¹⁰⁷

106. Sobre a diferença entre regras e princípios, e sua aplicação, respectivamente, mediante a subsunção e a ponderação, ver Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 10), 44 s.; e Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *RJ* 16 (4) (2003), 433–449.

107. Robert Alexy, 'Constitutional Rights and Proportionality', *China Yearbook of Constitutional Law* (2010), 221. Traduzido para o castelhano por Jorge Portocarrero como 'Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad', *REDC* 91, 2011, 11 s

Os princípios são “mandamentos de otimização” que exigem que a proteção do direito fundamental que institucionalizam seja feita na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁰⁸ Segundo Alexy, cada um dos subprincípios do princípio da proporcionalidade expressa a ideia de otimização:

Los principios, como mandatos de optimización, exigen un grado de optimización respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y necesidad exigen una optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una optimización frente a las posibilidades jurídicas.¹⁰⁹

Esse raciocínio implica a existência de uma conexão necessária entre o princípio da proporcionalidade e os demais princípios. A segunda parte da tese de Alexy pretende demonstrar que, além disso, há uma conexão necessária entre princípios e direitos fundamentais. Se esse segundo elemento da tese for correto, consequentemente Alexy terá demonstrado que os direitos fundamentais implicam conceitualmente a utilização do princípio da proporcionalidade, ou, em outras palavras, que é impossível controlar a constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais sem utilizar a proporcionalidade.

A existência de uma necessária conexão conceitual entre princípios e direitos fundamentais implicaria que, em qualquer momento e em qualquer lugar em que existam direitos fundamentais, necessariamente alguns deles teriam a estrutura normativa de princípios e deveriam, então, ser aplicados por meio do princípio da proporcionalidade. A existência dessa conexão implicaria algo que, recentemente, Matthias Jestaedt contestou, isto é, que a teoria dos princípios de Alexy é uma “teoria metodológica universal e um elemento essencial dos direitos fundamentais”.¹¹⁰ Jestaedt reconhece que, em algumas práticas concernentes aos direitos fundamentais, existe uma necessidade de ponderar.¹¹¹ Não obstante, de acordo com seu entendimento, disso não se conclui que os direitos fundamentais sejam, em sua própria essência, princípios.

108. Sobre o conceito dos princípios, ver: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 10), 47-49.

109. Robert Alexy, 'Constitutional Rights and Proportionality' (n. 106), 222.

110. Matthias Jestaedt, 'The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses', em *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, (Oxford: Oxford University Press, 2012). 159 y 172.

111. Ibid. 159.

Em sua réplica, Alexy considera que Jestaedt propõe uma versão que se pode denominar como a tese da contingência. De acordo com a tese da contingência, a conexão entre princípios e proporcionalidade, por um lado, e entre princípios e direitos fundamentais, por outro lado, depende exclusivamente da decisão específica das autoridades políticas – sobretudo, dos autores da Constituição.¹¹² Então, os direitos fundamentais teriam a estrutura de princípios somente se os autores da Constituição os definissem como tais no direito positivo ou estabelecessem como obrigatório o uso do critério da proporcionalidade para a proteção dos direitos.

Alexy questiona a tese da contingência com um argumento que sustenta a versão fraca da tese da necessidade conceitual. O raciocínio estabelece que os direitos fundamentais possuem uma natureza dupla. Eles formam parte do direito positivo. Todavia, também possuem uma natureza ideal que “se mantém, além de sua positivação”. Em sua natureza ideal, são direitos humanos morais e abstratos, “princípios substantivos” que o poder constituinte converteu em direito positivo.¹¹³ Como direitos abstratos que “se referem pura e simplesmente a objetos como liberdade e igualdade, vida e propriedade, liberdade de expressão e a proteção da personalidade”, esses objetos, inevitavelmente, colidem entre si. Isso explica porque a prática da aplicação dos direitos fundamentais deve necessariamente solucionar as colisões entre esses direitos humanos abstratos com status ontológico de princípios substantivos. Finalmente, o princípio da proporcionalidade é necessário para resolver tais colisões. Essas razões tocantes à natureza dos direitos humanos, como princípios abstratos substantivos transformados em direito positivo, faz com que o uso da proporcionalidade seja necessário para qualquer prática de aplicação dos direitos fundamentais.

A posição defendida por Alexy dá lugar a duas críticas. Ambas as críticas são dirigidas à segunda parte de sua tese. Se me permite, as chamarei de, respectivamente, crítica ontológica e crítica metodológica. A crítica ontológica consiste em que a posição de Alexy se baseia fundamentalmente na existência de “princípios substantivos” por trás dos direitos fundamentais. Sem dúvida, a existência desses princípios substantivos provaria que há uma conexão conceitual necessária entre princípios e direitos fundamentais. Além disso, há razões linguísticas a favor da existência de tais “princípios substantivos”

112. Robert Alexy, 'Comments and Responses' em *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* (n. 110), 332-333.

113. Id., 333-334.

O fato de as disposições constitucionais se referirem a conceitos como os de igualdade, liberdade ou devido processo legal, poderia justificar a afirmação de que efetivamente existe algo chamado de princípio substantivo de igualdade, liberdade ou devido processo. Esses princípios seriam o objeto das proposições expressas pelas disposições constitucionais. Eles existiriam em algo similar ao Terceiro Reino de Frege.¹¹⁴ Todavia, a tese de Alexy não pode persuadir nem a céticos que não acreditam nessa ideia, nem a céticos da existência dos direitos humanos como entidades morais abstratas pré-positivadas e substantivas.¹¹⁵ A maioria dos teóricos atuais dos direitos humanos sustentam que esses direitos não existem objetivamente, mas são o objeto de proposições éticas que promovem perspectivas acerca de quais direitos devem ser protegidos juridicamente.¹¹⁶ A tese de Alexy tampouco tem capacidade de convencer esses teóricos. Portanto, seria desejável encontrar uma justificação para o uso da proporcionalidade que pudesse aglutinar um consenso mais amplo. Essa tese proporcionaria uma base mais robusta para a tese da necessidade do princípio da proporcionalidade e, desse modo, para justificar a migração desse princípio.

A crítica metodológica consiste em afirmar que, ainda que haja um consenso acerca da existência dos princípios substantivos subjacentes às disposições constitucionais, disso não decorre necessariamente que as colisões devem ser solucionadas mediante a proporcionalidade. Pode haver, e de fato há, práticas constitucionais que utilizam ferramentas metodológicas alternativas para resolver essas colisões. O princípio da proporcionalidade não é o único instrumento jurisprudencial disponível para a aplicação dos direitos fundamentais. A lista de critérios alternativos inclui: a análise categórica utilizada em casos relativos à primeira emenda da Constituição estadunidense, a análise concernente à existência de um conteúdo essencial de direitos fundamentais (*Wesensgehalt*), as chamadas teorias internas dos direitos fundamentais desenvolvidas por parte da doutrina constitucional alemã e utilizada por um setor da jurisprudência, a doutrina britânica referente à irrazoabilidade e outros critérios do direito de igualdade utilizados

114. Segundo Gottlob Frege, os pensamentos expressos por proposições possuem uma existência objetiva. Sua existência é independente da concepção que temos deles em nossa mente. Frege defende a ideia de que os pensamentos existem em um “terceiro reino” o qual é independente dos reinos mentas e físicos. Ver: Gottlob Frege, 'Über Sinn und Bedeutung', *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100 (1892), 25-50.

115. A crítica de Bentham contra os direitos naturais é um conhecido exemplo desse ceticismo. Ver: Jeremy Bentham, 'Anarchical Fallacies', *The Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring (London y Edimburgh: Simpkin, Marshall, & Co., 1838-1843) (reimpresso em New York: Russell & Russell, 1962), Vol. 2, vers. 230 e 730.

116. Sobre essas teorias, ver: Hill Steiner, 'Moral Rights', em *Oxford Handbook of Ethical Theory*, ed. David Copp (Oxford: Oxford University Press, 2006), 460.

no direito constitucional estadunidense.¹¹⁷

A existência dessas práticas provaria o fato de que não há uma conexão conceitual necessária entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.¹¹⁸ Pode haver, e efetivamente há, proteção dos direitos fundamentais sem o uso do princípio da proporcionalidade. Isso significaria que a tese da necessidade conceitual não justifica a migração da doutrina da proporcionalidade. Consequentemente, não seria plausível sustentar que é necessário importar o princípio da proporcionalidade sempre que se quiser desenvolver uma prática de aplicação de direitos fundamentais mediante o controle de constitucionalidade.

4. A NECESSIDADE NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Com base na análise das seis migrações estudadas na primeira parte, em seguimento, proponho uma justificação, se se quiser, mais fraca, para a transposição do princípio da proporcionalidade. A análise demonstra que várias razões podem justificar cada migração (2.1). Não obstante, há um denominador comum a todas elas, a saber, o uso do princípio da proporcionalidade para resolver diferentes expressões do paradoxo da liberdade. Baseando-me nesse ponto em comum, defenderei a ideia de que o princípio da proporcionalidade é normativamente necessário para a proteção dos direitos fundamentais (2.2). Essa necessidade supera as críticas que podem ser associadas à transposição do princípio da proporcionalidade.

4.1. ALGUMAS JUSTIFICAÇÕES PARTICULARES PARA A MIGRAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE PELA EUROPA

Diversas razões justificam o fato de os tribunais europeus, as Constituições dos países da região e os tratados da União terem utilizado o princípio da proporcionalidade.

117. Sobre os critérios jurisprudenciais alternativos ao princípio da proporcionalidade, ver: Aharon Barak, 'Proportionality and Principled Balancing' (n. 19); Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (n. 20), capítulos 3 e 4.

118. Uma refutação a esse argumento pode ser que as práticas constitucionais baseadas nesses critérios alternativos escondem ou mascaram as exigências do princípio da proporcionalidade. Não é possível discutir aqui essa linha argumentativa. Alec Stone Sweet e Jud Mathews sugerem algo similar a respeito de diversos critérios do direito constitucional estadunidense. Ver: 'All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing', *Emory Law Journal*, (60) 4 (2011), 799-875.

O que, na primeira migração, justificou a institucionalização da ideia filosófico-política do princípio da proporcionalidade no direito de polícia prussiano, tal como Svarez elaborou, foi a adequação das exigências associadas à proporcionalidade para resolver o paradoxo da liberdade. Essas exigências representaram uma solução para a tensão criada quando, por um lado, se autorizava a polícia a limitar a liberdade e, ao mesmo tempo, se ordenava que a liberdade estivesse protegida frente às limitações que lhe impusessem. A solução consistia em que o poder de polícia para limitar a liberdade somente poderia estender-se ao necessário.

A segunda migração, a onipresença do paradoxo da liberdade no direito administrativo justificou a difusão da proporcionalidade nessa área do Direito. Não só as forças policiais, mas todas as autoridades administrativas tinham competência para limitar as liberdades individuais. Todavia, a intensidade de cada limitação devia perseguir um fim legítimo e só podia estender-se enquanto fosse necessário.

A constitucionalização do paradoxo da liberdade justificou a terceira migração da proporcionalidade. A transformação da liberdade em um catálogo de direitos fundamentais na Lei Fundamental alemã (1949) e nas posteriores Constituições da Europa continental do pós-guerra justificou a adoção do princípio da proporcionalidade pelos Tribunais Constitucionais, com o objetivo de outorgar a mais ampla proteção aos direitos fundamentais após o holocausto. O prestígio e a legitimidade associados à proporcionalidade foram fatores determinantes nessa migração, assim como na quarta e na quinta migração.¹¹⁹ O Tribunal Federal Constitucional alemão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu de Justiça e outros tribunais constitucionais europeus (tais como o espanhol e o português) buscavam usar o princípio da proporcionalidade a fim de romper com o recente passado autoritário, em um compromisso explícito com a maior proteção possível dos direitos fundamentais e humanos.¹²⁰

Razões análogas justificaram a quarta migração. A migração foi uma consequência da institucionalização da liberdade na forma de direitos na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na forma das quatro liberdades fundamentais da União Europeia.

119. Sobre esse fator, como justificativa das transposições judiciais, ver: Vlad Perju, 'Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations', (n. 24) 1321 s.

120. Como destaca Vicki C. Jackson, a ideia do princípio da proporcionalidade capta a intenção de alcançar a justiça em relação ao exercício de poderes políticos e à liberdade dos indivíduos. Ver: *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 63.

Além disso, a flexibilidade do princípio da proporcionalidade, que permite aos juízes analisar as razões que julgam a favor da limitação aos direitos, justificou seu uso por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com o objetivo de avaliar se os estados-membros haviam ultrapassado a margem de apreciação.

Finalmente, as quinta e sexta migrações encontram sua justificação na supremacia do Direito europeu comunitário e o efeito vinculante da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A fim de garantir o cumprimento, por parte dos Estados, das obrigações derivadas da Convenção Europeia de Direitos Humanos e de normas legais e regulamentares do Direito comunitário, os tribunais constitucionais e supremos nacionais adotaram o princípio da proporcionalidade para analisar as limitações aos direitos convencionais e europeus.¹²¹

4.2. UM DENOMINADOR COMUM

Essas diversas justificativas para a migração do princípio da proporcionalidade através de diferentes contextos possuem um ponto em comum. Trata-se do emprego da proporcionalidade com o objetivo de resolver várias expressões do paradoxo da liberdade. Esse paradoxo filosófico-político ocorre no direito administrativo, no direito constitucional, no direito europeu de direitos humanos e no direito europeu comunitário. Em todas essas áreas, está permitido às autoridades limitar os direitos e, ao mesmo tempo, proteger esses direitos de limitações. Os juízes utilizam o princípio da proporcionalidade para garantir que as limitações sejam legítimas, adequadas, necessárias e moderadas.

Indubitavelmente, é também possível empregar critérios alternativos para resolver o paradoxo da liberdade. As análises categóricas e as teorias internas dos direitos fundamentais limitam o âmbito normativo dos direitos a um conteúdo restrito, de tal maneira que às autoridades políticas está permitido realizar qualquer ação sempre e quando não tenha relação com as posições jurídicas protegidas em tal âmbito.¹²²

121. Consultar, por exemplo, o caso *Lustig-Prean and Beckett v United Kingdom* [1999] ECHR. Para uma análise desse caso, ver: Mattias Kumm, 'What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements', (n. 15) 137 s.

122. Sobre o controle dos direitos fundamentais por meio de análise categórica (com referência especial ao direito estadunidense), ver: Aharon Barak, 'Proportionality (2)', in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (n. 2), 752 s. Sobre as chamadas teorias internas dos direitos fundamentais ver: Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1990) 23.

O conteúdo essencial dos direitos (*Wesensgehalt*) estabelece um conteúdo mínimo de cada direito, que não pode ser objeto de limitação alguma.¹²³ Finalmente, o princípio da razoabilidade permite toda classe de limitações aos direitos, ao menos que transpassem certo grau de irracionalidade que as tornem inadequadas e incompreensíveis.

Nesse ponto, surge uma interessante pergunta: existe alguma justificação para o fato de os tribunais europeus tenham transportado o princípio da proporcionalidade e não algum outro desses critérios alternativos?

No que se segue, defenderei a tese, segundo a qual a justificativa dessa situação se baseia no fato de que o princípio da proporcionalidade é normativamente necessário para a proteção dos direitos fundamentais. Para fundamentar essa tese, gostaria de oferecer o seguinte argumento em três passos e a conclusão que deles deriva:

- (i) É necessário normativamente adotar um meio, se duas condições são cumpridas: (1) Que seja o melhor meio para alcançar um fim ou que seja o melhor meio disponível para alcançar um fim (e o meio não seja proibido); e (2) que o fim deva ser buscado;¹²⁴
- (ii) A proteção dos direitos fundamentais ocorre em determinadas circunstâncias particulares, nas quais os juízes devem zelar por certos valores (fins) derivados do constitucionalismo, da democracia deliberativa e do Estado de Direito;
- (iii) Existem diversos critérios (meios) disponíveis que os juízes podem utilizar para proteger esses valores. Comparativamente às demais alternativas, o princípio da proporcionalidade alcança o fim buscado no maior grau possível (é o melhor meio para determinado fim).

Conclusão: Caso se leva em conta que (iii) cumpre a condição (i-1), e (ii) a condição (i-2), o uso do princípio da proporcionalidade é normativamente necessário para a proteção dos direitos fundamentais.

Uma explicação de (ii) e (iii) é a seguinte:

(ii) As circunstâncias de aplicação dos direitos fundamentais

123. Para uma explicação e crítica dessa teoria, ver: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 10) 192 s.

124. O princípio kantiano, segundo o qual “quem quer o fim quer os meios” pode dar certas bases teóricas para esse conceito da necessidade normativa sobre a qual não posso aprofundar neste artigo. Sobre este princípio, ver: Immanuel Kant, 'Foundations of the Metaphysics of Morals', trans. L. W. Beck, in *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, (Chicago: University of Chicago Press, 1949) 417.

(a) A proteção dos direitos humanos ocorre sob certas circunstâncias.¹²⁵
Essas circunstâncias incluem os seguintes fatos:

(1) Os direitos fundamentais são o resultado da positivação dos ideais políticos de liberdade e igualdade na forma de disposições constitucionais;

(2) As disposições dos direitos fundamentais são vagas, ambíguas, valorativamente abertas e possuem textura aberta, porquanto são o resultado de fórmulas dilatórias. Seu alcance e conteúdo se referem à forma com a qual a comunidade política protegerá a liberdade e a igualdade. Não obstante, os redatores da Constituição não definiram, de modo preciso, o alcance e conteúdo, como destacou Carl Schmitt, mediante uma “determinação objetiva”. Ao invés disso, os constituintes utilizaram fórmulas dilatórias capazes de incluir “todas as pretensões contrárias”,¹²⁶

(4) Essas fórmulas dilatórias dão lugar a colisões entre pretensões opostas que os tribunais devem resolver para proteger os direitos fundamentais;

(5) De (1), (2), (3) e (4) decorre que pode haver incertezas e desacordos quanto ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e na forma com que se resolve sua colisão;¹²⁷

(6) Em uma democracia, o legislador tem, em princípio, a competência para determinar o conteúdo e o alcance dos direitos, e resolver as colisões. A forma com que o faz é mediante a introdução de limitações aos direitos fundamentais;

(7) Se existe controle de constitucionalidade, os juízes estão autorizados a analisar as limitações aos direitos fundamentais no contexto de desacordos descritos em (5); isso implica que os juízes devem tomar decisões a respeito das distintas pretensões em colisão;

(8) Os juízes precisam utilizar critérios jurídicos, como o princípio da proporcionalidade ou outros critérios alternativos, para fundamentar suas decisões a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais, as colisões entre eles e a validade das limitações que o legislador impõe aos direitos.

125. Essas circunstâncias são análogas às circunstâncias de justiça de John Rawls. Ver: *A Theory of Justice*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, revised edition, 1999) 109. Em uma sociedade constitucional, existe uma continuidade entre as circunstâncias de justiça e as circunstâncias do controle da constitucionalidade. Não posso explorar essa continuidade neste presente artigo.

126. Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2008), 85.

127. Jeremy Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review', *Yale L. J.*, 115, 2006, 1346-1406.

Dadas essas circunstâncias, é impossível imaginar a existência de algum critério objetivo para a proteção dos direitos fundamentais, isto é, um critério que ofereça respostas que não deem lugar a incertezas ou a desacordos. Isso não só é certo a respeito do princípio da proporcionalidade, mas dos critérios alternativos. Não obstante, isso não implica que tudo o que resta é arbitrariedade ou decisionismo. Nos sistemas jurídicos europeus (e em outras nações), a proteção dos direitos fundamentais na Constituição é ligada a certos valores que emanam do constitucionalismo, da democracia deliberativa e do Estado de Direito. Esses valores são racionalidade, imparcialidade, não arbitrariedade, previsibilidade das decisões futuras, respeito à separação dos poderes, legitimidade no exercício do controle de constitucionalidade e a prioridade dos direitos fundamentais.

A democracia deliberativa implica os valores de racionalidade e imparcialidade. As decisões políticas que resolvem problemas de coordenação social e moral são legítimas quando são adotadas mediante um processo de deliberação que leva em conta todos os argumentos relevantes. Dentro de tal processo, é necessário justificar todas as decisões políticas e adotá-las dentro de um intercâmbio público de argumentos “defendidos por todos os participantes que defendem os valores de racionalidade e imparcialidade”, e em que todos os afetados pela decisão possam participar de forma direta ou indireta por meio de seus representantes.¹²⁸ Nesse contexto, o princípio da imparcialidade exige outorgar “uma adequada consideração aos interesses de todos os possíveis afetados”,¹²⁹ e o princípio da racionalidade se refere a certas exigências que as decisões judiciais devem cumprir. Ainda que não exista um consenso acerca dessas exigências, é geralmente aceito que, para ser racional, uma decisão judicial deve ser justificada conforme o Direito. Isso acontece quando a justificação se expressa de forma conceitualmente clara e em termos consistentes, e quando se cumprem as exigências de apoio em premissas completas e exaustivas, em relação à lógica e às cargas da argumentação que sejam relevantes.¹³⁰

O Estado de Direito implica o princípio de não arbitrariedade, previsibilidade das decisões dos juízes e das autoridades políticas, o respeito à separação de poderes e a imparcialidade.

128. Jon Elster, 'Introduction', em *Deliberative Democracy*, ed. Id (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 8. Ver também: Amy Gutma e Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy* (Princeton: Princeton University Press 2004) 3.

129. Sobre o conceito de imparcialidade e sua crítica: Troy Jollimore, 'Impartiality', *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2011), disponível na Internet em: <http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/> (09.09.2013).

130. Ver, Carlos Bernal, 'The Rationality of Balancing' (n. 20).

De acordo com o princípio do Estado de Direito,¹³¹ as decisões judiciais de proteção dos direitos fundamentais não podem ser arbitrárias. Elas devem poder ser fundamentadas em razões plausíveis. Além disso, devem ser previsíveis, de modo que indivíduos e autoridades possam conhecer o direito aplicável. Para isso, devem respeitar a integridade das competências das autoridades políticas.¹³² Em particular, as decisões judiciais devem ser o resultado de um exercício legítimo do poder judicial que respeite as margens de discricionariedade dos representantes do povo na tomada de decisões políticas. Em uma democracia representativa, a legitimidade associada com a representação política mitiga a falta de certeza acerca da adequação das decisões políticas e acerca das valorações normativas e empíricas relevantes que a adoção de tais decisões implica. Por último, no constitucionalismo, a proteção dos direitos fundamentais tem prioridade sobre outros bens e interesses políticos coletivos e individuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A PROPORCIONALIDADE COMO MELHOR CRITÉRIO

Isso nos conduz ao último passo do argumento. O uso desse critério faculta aos juízes proteger os valores antes mencionados em maior grau, em comparação com outros instrumentos.

Nesse ponto, o argumento que defende a necessidade normativa do princípio da proporcionalidade se baseia na justificação em abstrato de sua utilização e na crítica aos instrumentos alternativos.¹³³ Há uma importante literatura acerca desses dois aspectos. O princípio da proporcionalidade protege a prioridade dos direitos fundamentais em maior grau que o princípio britânico da razoabilidade.¹³⁴

131. Sobre a afirmação segundo a qual o Estado de Direito exclui a arbitrariedade, ver: Martin Krygier, 'Rule of Law', in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (n. 1), 235 y 241. Ver também: T. R. S. Allan, 'Constitutional Rights and the Rule of Law', em *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy* (n. 111) 137.

132. T. R. S. Allan sustenta que, quando o Estado de Direito é interpretado como um princípio do constitucionalismo, implica-se o princípio da separação de poderes. Ver: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) Capítulo 2.

133. Sobre essa defesa, ver: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 482-516.

134. Como sustentou Lord Diplock, no caso GCHQ, o critério da razoabilidade exige uma classe de irracionalidade que só pode ter lugar em uma "decisão que seja tão cruel em sua oposição à cura lógica e à moral, que nenhuma pessoa sensata possa ter chegado a essa conclusão". A exigência desse grau extremo de irracionalidade minava a prioridade dos direitos fundamentais. Ver: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

Além disso, diferentemente do critério de razoabilidade, o princípio da proporcionalidade possui uma estrutura argumentativa racional e transparente.¹³⁵ O princípio da proporcionalidade é também mais imparcial e transparente do que as análises categóricas e as teorias internas dos direitos fundamentais.

É um critério com uma estrutura que, de forma aberta, leva em conta todas as razões jurídicas, metodológicas e morais a favor e contra da constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais, assim como os interesses de todas as partes que possam se ver afetadas por tal limitação.¹³⁶ Dessa forma, o princípio da proporcionalidade permite que haja uma crítica esclarecida em relação às decisões judiciais. Por sua vez, esse princípio impede decisões arbitrárias atinentes aos direitos. Os juízes e as autoridades políticas devem justificar as limitações aos direitos fundamentais uma vez que hajam considerado todos os argumentos e interesses em jogo.¹³⁷ Diferentemente, as teorias categóricas e internas, e a ideia dos direitos como triunfos se preocupam unicamente com um dos fatores relevantes na análise de constitucionalidade, isto é, determinar se a esfera de liberdade, que foi limitada pelo Estado, se encontra ou não protegida por algum direito fundamental.¹³⁸ Dessa forma, as teorias absolutas do conteúdo essencial dos direitos reduzem a análise de constitucionalidade à pergunta sobre a existência ou não de uma limitação de determinado conteúdo. A análise conceitual da linguagem da Constituição não pode responder nem qual é o conteúdo dos direitos fundamentais nem pode abarcar uma deliberação acerca de todas as razões concernentes à constitucionalidade de suas limitações.¹³⁹ Paradoxalmente, a utilização da análise conceitual para esses fins conduz a uma menor proteção dos direitos fundamentais.¹⁴⁰ Além disso, o princípio da proporcionalidade observa melhor a separação de poderes e a democracia representativa, e possibilita que as autoridades judiciais executem o controle de constitucionalidade de forma mais legítima que os critérios alternativos.

135. Ver: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 375 s., 460 s.

136. Ver: Kai Möller, 'Proportionality: Challenging the Critics', *I-CON*, (3) 10 (2012) 717, 726; Carles-Maxime Panaccio, 'In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication', *Can. J. L. Juris.*, 24 (2011), 109–128; Alec Stone Sweet e Jud Mathews, 'Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism' (n. 2), 77.

137. Ver: Mattias Kumm, 'The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review', *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010.

138. Mark Tushnet, 'Comparative Constitutional Law', em *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1251.

139. Ver: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 10), 192 s.

140. Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 515 s.

A estrutura do princípio da proporcionalidade permite a inclusão de uma análise das margens de discricionariedade das autoridades políticas.¹⁴¹ Além disso, o princípio da proporcionalidade estimula um diálogo entre os juízes, o legislador e o executivo.¹⁴²

Por fim, o emprego contínuo do princípio da proporcionalidade dá lugar a resultados previsíveis. Com o tempo, as decisões judiciais que utilizam este critério constroem uma rede de precedentes que fornecem as razões pelas quais certos tipos de medidas são inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Isso permite que os direitos fundamentais sejam aplicados de forma consistente e coerente.

Por outro lado, a necessidade normativa do princípio da proporcionalidade tem um peso maior que as objeções que a transposição desse princípio pode suscitar. Sua necessária conexão normativa com valores baseados no constitucionalismo, democracia e Estado de Direito torna pouco plausível considerar que a migração desse princípio seja contrária à democracia ou que seja somente uma estratégia judicial para manipular o conteúdo da Constituição. Finalmente, a natureza estrutural do princípio da proporcionalidade permite que surjam diferentes concepções desse princípio que se ajustem a distintos contextos.¹⁴³ Isso torna possível reconhecer margens nacionais de discricionariedade específicas de cada jurisdição,¹⁴⁴ assim como também possibilita que esse critério seja utilizado juntamente com outros critérios e conceitos jurídicos locais que não lhe sejam incompatíveis.¹⁴⁵

141. Sobre o desenvolvimento de uma teoria do princípio da proporcionalidade dentro das margens discricionárias do juiz, ver: Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 10), 394 s.; Julian Rivers, 'Proportionality and Discretion in International and European Law', *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, ed. N. Tsagourias (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 108; e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, 'Epistemic Discretion in Constitutional Law' *I·CON*, (1) 10 (2012), 69-105.

142. Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (n. 2), 465 s.

143. Por exemplo, ver uma comparação entre o princípio da proporcionalidade canadense e alemão em: Dieter Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence' (n. 57).

144. Sobre proporcionalidade e margens discricionárias específicas, ver: Julian Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review', *Cambridge Law Journal*, 65 (2006), 175.

145. Para uma defesa desse tipo, ver: Matthias Kumm, 'What Do You Have in Virtue of Having a

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, Thomas Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, vol. 96, p. 943-1005, 1987.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1985.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, 2003.

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, 2005.

ALEXY, Robert. The Weight Formula. In: STELMACH J. (et al.). *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Kraków: Jagiellonian University, 2007, p. 9-27.

ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, vol. 21, n. 3, 2008.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. *China Yearbook of Constitutional Law*. 2010.

ALFORD, Roger P. Search of a Theory for Constitutional Comparativism. *UCLA Law Review*, vol. 52, 2004/2005.

ALLAN, T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ALLAN, T. R. S. Constitutional Rights and the Rule of Law. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ARAI-TAKAHASHI, Yukata. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antuérpia/Oxford/New York: Intersentia, 2001.

BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, n. 1, 2010.

BARAK, Aharon. *Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARAK, Aharon. Proportionality (2), In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 743.

- BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BEATTY, David. Law's Golden Rule. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil. *Relocating the Rule of Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.
- BECCARIA, Cesare. *Crimes and punishments: Including a New Translation of Beccaria's 'Dei Delitti E Delle Pene'*. 2a ed. London: Chatto & Windus, 1880.
- BEILFUSS, Markus Gonzalez. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2003.
- BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies. In: BOWRING, J. (ed.). *The Works of Jeremy Bentham*. London y Edimburgh: Simpkin, Marshall, & Co., 1838-1843, Vol. 2, reimpresso em New York: Russell & Russell, 1962.
- BERNAL Carlos. The Rationality of Balancing, *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, vol. 92, n. 2, 2006.
- BERNAL Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BOMHOFF, Jacco. Genealogies of Balancing as Discourse. *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, p. 109-139, 2010.
- BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie - Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. 2ª Ed., Baden-Baden: Nomos, 2007.
- BOROWSKI, Martin. Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Leg.*, vol. 1, 2007.
- BRAIBANT, Guy. Le Principe de Proportionnalité. In : [sem editor]. *Mélanges Offerts à Marcel Waline, le Juge et le Droit Public*. Paris: L.G.D.J., 1974.
- BRAMMER, Gernot. *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht*. Aachen: Shaker Verlag, 2000.
- BÚRCA, Grainne de. Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on U.K. Law, *European Public Law*, vol. 3, n. 4, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CHOUDRY, Sujit. Migration in Comparative Constitutional Law. In: CHOUDRY, Sujit (ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden–Baden: Nomos, 2002.

CRAIG, Paul. Unreasonableness and Proportionality in UK Law. In: ELLIS, Evelyn (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

DAHLINGER, Erich. Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung? *DöV*, vol. 19, 1966.

DROOGHENBROECK, Sébastien van. *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*. Brussels: Bruylant, 2001.

ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
EMILIOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study*. London, The Hague and Boston: Kluwer, 1996.

ENCHELMAIER, Stefan. Four Freedoms, How Many Principles? *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 2004.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional Borrowing and Nonborrowing. *International Journal of Constitutional Law*, vol 1, n. 2, 2003.

FASSBENDER, Bardo. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cuadernos de Derecho Público*, vol. 5, septiembre/diciembre 1998.

FAVRET, Marc. La Primauté du Principe Communautaire de Proportionnalité sur la Loi Nationale, *RFDA*, vol. 2, 1997.

FELDMAN, David. Proportionality and the Human Rights Act. In: ELLIS, Evelyn (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*. Madrid: Dykinson, 2009.

FREGE, Gottlob. Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 100, 1892.

FRITSCHKE, Angelika Emmerich. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtsetzung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

GARDBAUM, Stephen, A Democratic Defense of Constitutional Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, 2010.

GEORGIADOU, Anna N. Le Principe de la Proportionnalité dans le Cadre de la Jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne, *ARSP*, vol. 4, 1995.

GOESEL-LE-BIHAN, Valérie. Réflexion Iconoclaste sur le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel. *RFDC*, vol. 30, 1997.

GREER, Steven. Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *U. TorL. J.*, vol. 57, 2007.

GUTMA, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy*. Princeton: Princeton University Press 2004.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996.

HARBO, Tor-Inge. The Function of the Principle of Proportionality in EU Law. *European Law Journal*, vol. 16, n. 2, 2010.

HICKMAN, Tom R. The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere. *Cambridge Law Journal*, vol. 63, n.1, 2004.

HIRLSH, Ran. On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law. In: CHOUDRY, Sujit (ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Otto Schwartz & Co., 1981.

HOLLÄNDER, Pavel. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur? In: SIECKMANN, Jan R. *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Nomos, Baden-Baden 2006.

HUBER, Hans. Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht. In: LUTTER, Marcus (et al.) (eds.). *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin: De Gruyter, 1979.

KOCH, Oliver. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: Dunker & Humblot, 2003.

JACKSON, Vicki C. Being Proportional about Proportionality. *The Ultimate Rule of Law, Constitutional Commentary*, n. 21, 2004.

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JACOBS, Francis G. Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law. In: ELLIS, E. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Legal Publishers 1999.

JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Colônia: Heymann, 1985.

JANS, Jan H. Proportionality Revisited, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 27, N. 3, 2000.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JOLLIMORE, Troy. Impartiality. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/>>.

LEÃO, Anabela Costa. *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*. Coimbra: Almedina, 2001.

LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Cologne et alt.: Carl Heymanns, 1961.

LEVITSKY, Jonathan E. The Europeanization of the British Legal Style. *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.

LOHMANN, Hans Henning. Die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs als Auslegungstopos im Verhältnismäßigkeit, *AöR*, vol. 110, 1975.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El principio de proporcionalidad en derecho administrativo, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, septiembre/diciembre 1998.

KANT, Immanuel. Foundations of the Metaphysics of Morals. In: KANT, Immanuel. *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.

KANT, Immanuel. Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose. In: REISS, Hans (ed.). *Kant: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, Oxford University Press, 2012.

KLATT Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 1, 2012.

KRAUSS, Rupprecht von. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg: Appel, 1955.

KRYGIER, Martin. Rule of Law. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KUMM, Matthias. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 3, p. 574-596, 2004.

KUMM, Mattias. What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010.

KURT, Furgler. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht, *ZSR*, vol. 97, n. II, 1978.

LE SUEUR, Andrew. The Rise and Ruin of Unreasonableness. *Judicial Review*, vol. 10, 2005.

LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht (1895)*. Volume 1. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

MCBRIDE, Jeremy. Proportionality and the European Convention on Human Rights. In: ELLIS, Evelin (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 1999.

MERKL, Adolf Juilius. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Vienna and Berlin: Springer, 1927.

MICHAEL, Lothar. Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, *JuS*, vol. 9, 2001.

MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the Critics. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 10, n. 3, 2012.

MORRONE, Andrea. Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness. In: BONGIOVANNI, Giorgio (*et al.*) (eds.). *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

ORFANOUDAKIS, Sarantis K.; KOKOTA, Vasiliki. The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences. *HREL*, vol. 4, 2007.

PANACCIO, Carles-Maxime. In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 24, N. 1, 2011.

PERJU, Vlad. Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order. *Constellations*, vol. 12, 2005.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*. Aix-en-Provence: Economica – PUAM, 1990.
PHILIPPE, Xavier. El principio de proporcionalidad en el derecho público francés, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 5, septiembre/diciembre 1998.

POLLAK, Christiana *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*. Baden-Baden: Nomos, 1991.

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, revised edition, 1999.

RAZ, Joseph. Can There Be a Theory of Law? In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2005.

REMMERT, Barbara. *Verfassungs - und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review. *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006.

RIVERS, Julian. Proportionality and Discretion in International and European Law. In: TSAGOURIAS, N. (ed.). *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005.

SADURSKI, Wojciech. Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations? *Israel Law Review*, vol. 42, n. 3, 2009.

SANDULLI, Aldo. Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 2, 1995.

SANDULLI, Aldo. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*. Pádua: Cedam, 1998.

SAUNDERS, Cheryl. The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law). *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, n. 1, 2006.

SCACCIA, Giuseppe. *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milan: Giuffrè, 2000.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 1, 2003.

SCHMITT, Carl *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SNELL, Jukka. *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*. Oxford: Oxford University Press, 2002

STELZER, Manfred. *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Viena, Springer, 1991.

STEINER, Hill. Moral Rights. In: COPP, David. *Oxford Handbook of Ethical Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

STERN, Klaus. Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots. In: BADURA, P.; SCHOLZ, R. (eds.). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Munich: C. H. Beck, 1993.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Volume 1. Munich: C. H. Beck, 1988.

SVAREZ, Carl Gottlieb von. Vorträge über Recht und Stadt (1791). In: CONRAD, Hermann; KLEINHEYER, Gerd. *Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, Volume 10. Cologne/Opladen: Westdeutscher Verlag, 1960.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud, Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, p. 73-165, 2008.

TEITGEN, Francis. Le Principe de Proportionnalité en Droit Français. In: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäische Rechtsordnungen*. Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission. Heidelberg: C. F. Müller, 1985.

TRIDIMAS, Takis. *The General Principles of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, p. 468-493, 2009.

TUSHNET, Mark. Comparative Constitutional Law. In: REIMANN, Mathias (et al.) (eds.). Zimmermann. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

VAZ, M. A. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações. In: MIRANDA, Jorge (ed.). *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 1996.

VILLAMENA, Stefano. *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*. Milão: Giuffrè, 2008.

WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*. *Harvard Law Review*, vol. 119, n. 1, 2005.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

WEBBER, Grégoire. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

WEBBER, Grégoire. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 23, N. 1, 2010.

WIEACKER, Franz. Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung. In: LUTTER, Marcus (et al.). *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin/New York: W. de Gruyter, 1979.

XYNOPOULOS, George. *Le Contrôle de Proportionnalité dans le Contentieux de la Constitutionnalité et de la Legalité en France, Allemagne et Angleterre*. Paris: L.G.D.J., 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia Costituzionale*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988.

ZIMMERLI, Ulrich. Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema 'Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht', *ZSR*, vol. 97, n. II, 1978.